

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT IM
ELEKTRIZITÄTSVERKEHR ZWISCHEN
ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN UND
INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGERN NACH
FRANZÖSISCHEM, WESTDEUTSCHEM UND EWG-RECHT

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt am Main

vorgelegt von

Henning Schwaiger

aus Potsdam

1967

1966



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546410_0021

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT IM
ELEKTRIZITÄTSVERKEHR ZWISCHEN
ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN UND
INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGERN NACH
FRANZÖSISCHEM, WESTDEUTSCHEM UND EWG-RECHT

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des Doktorgrades
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Johann Wolfgang Goethe-Universität
in Frankfurt am Main

vorgelegt von

Henning Schwaiger

aus Potsdam

1967

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kronstein
2. Berichterstatter: Professor Dr. Jaenicke

Tag der mündlichen Prüfung: 27. Juli 1966



III

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
SCHRIFTTUM	XVI
ABKÜRZUNGEN	XLII
EINFÜHRUNG	1
I. Der Untersuchungsgegenstand	1
1. Begriffe	1
2. Problem und Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen	3
a) Das wirtschaftsordnungsrechtliche Problem	3
b) Die Bedeutung der aufgeworfenen Fragen	5
II. Die allgemeinen technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse der El. Wirtschaft und die rechtlichen Probleme der Koordinierung von öffentlicher El. Ver- sorgung und industrieller Eigenerzeugung	6
1. Die El. Wirtschaft im allgemeinen	7
a) Die Bedeutung der El. Wirtschaft innerhalb der Gesamtwirtschaft	7
aa) Die Bedeutung der Energiekosten in der industriellen Produktion	7
bb) Der Anteil der El. Wirtschaft an der Energiewirtschaft	7
cc) Die zivilisatorische Bedeutung der El. Wirtschaft	8
b) Die technischen und betrieblichen Besonder- heiten der El. Wirtschaft	8
aa) Die Leitungsgebundenheit	8
bb) Die Speicherungsunfähigkeit	9
cc) Die Verbundleitungen	10
dd) Die Kapitalintensität	11

IV

c) Der energetische Wettbewerb	12
2. Die industrielle Eigenerzeugung im allgemeinen	14
a) Umfang und Bedeutung der industriellen Eigenerzeugung im allgemeinen	14
b) Die technischen und betrieblichen Besonderheiten der industriellen Eigenerzeugung	15
aa) Die technischen Vorteile der industriellen Eigenerzeugung	15
bb) Die betrieblichen Vorteile der industriellen Eigenerzeugung	17
c) Das Problem der Parallelschaltung und Koordinierung zwischen öffentlichen Versorgungsunternehmen und industriellen Eigenerzeugern	18
aa) Die technischen Probleme	18
bb) Der wirtschaftliche Aspekt der Parallelschaltung	20
cc) Die Teilmärkte des Parallelverkehrs	22

1. TEIL

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT NACH FRANZÖSISCHEM RECHT	25
A. Die rechtliche Struktur der französischen El. Wirtschaft	25
I. Die öffentliche El. Versorgung und die beteiligten Unternehmen	25
1. Das Nationalisierungsgesetz als Grundlage	25
a) Die rechtliche Lage vor der Nationalisierung	25
b) Die Gründe der Nationalisierung	26
c) Die Nationalisierung	27
2. Die EDF-SN	29
a) Der Tätigkeitsbereich	29
b) Die EDF als öffentliches Unternehmen	30
3. Die übrigen Unternehmen der öffentlichen El. Versorgung	32

4. Der staatliche Einfluß in der öffentlichen El. Versorgung	33
a) Der Regierungskommissar	34
b) Die Tutelle	34
c) Die staatliche Kontrolle	35
II. Die industrielle Eigenerzeugung	36
1. Die ursprüngliche Regelung im Nationalisierungsgesetz und ihre Mängel	36
2. Die Bestimmungen der Lex Armengaud	37
3. Die Auswirkung der Lex Armengaud	39
B. Der Abschlußzwang bei der Zusatz- und Reserveversorgung durch die öffentlichen Versorgungsunternehmen	41
I. Die Pflicht zur Zusatz- und Reserveversorgung	41
1. Der Grundsatz der Versorgungspflicht	41
a) Die allgemeine Versorgungspflicht des SN	41
b) Die allgemeine Versorgungspflicht der örtlichen Verteiler	42
c) Die Pflicht zur Reserve- und Zusatzversorgung	43
2. Der Versorgungspflichtige	43
3. Der Versorgungsberechtigte	44
II. Die Lieferungsbedingungen und Preise	44
1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz	44
a) Die allgemeine Rechtspflicht zur Gleichbehandlung	44
b) Die Kriterien der Gleichbehandlung	45
2. Das Prinzip der differenzierten langfristigen Grenzkosten	47
a) Der Grundsatz der langfristigen Grenzkosten	47
b) Die Preisdifferenzierungen im SN-Lastenheft	48
aa) Die allgemeinen Tarifiedifferenzierungen	48
bb) Die Preisgestaltung bei der Zusatzversorgung	49
cc) Die Preisgestaltung bei der Reserveversorgung	50
dd) Der Preisspielraum bei der Zusatz- und Reserveversorgung	51

VI

c) Die Preisdifferenzierungen nach den Lastenheft- mustern für die örtliche El. Versorgung	51
3. Die staatliche Preisgestaltung	52
a) Die Befugnis zur Preisfestsetzung	52
b) Die Ausübung der staatlichen Preishoheit	52
C. Der Abschlußzwang beim Kauf und Transport von Industriestrom	54
I. Die Gründe für die gesetzliche Regelung der Kauf- und Transportpflicht	54
1. Die Lücken der Lex Armengaud	54
2. Die Entstehung der Verordnung vom 20. 5. 1955	55
II. Die Pflicht zum Kauf und Transport von Industriestrom	57
1. Der Grundsatz der Kaufpflicht	57
a) Der SN als Verpflichteter	57
b) Die übrigen öffentlichen Versorgungsunternehmen als Verpflichtete	58
2. Der Grundsatz der Transportpflicht	58
3. Die Transport- und Einspeisungsberechtigten	59
III. Die Bedingungen und Preise der Einspeisung und des Transportes	60
1. Die Tarife der Industriestrom-Einspeisung	60
a) Die Tarife nach dem SN-Lastenheft	60
b) Die Tarife nach den Lastenheftmustern für die örtlichen Versorgungsunternehmen	63
2. Die Tarife des Industriestrom-Transportes	64
a) Die Tarife nach dem SN-Lastenheft	64
b) Die Tarife der örtlichen öffentlichen Versorgungsunternehmen	65
3. Die staatliche Preisgestaltung	66
D. Die energierechtlichen Pflichten der industriellen Eigenerzeuger	67

VII

I.	Der Grundsatz der Freiwilligkeit im Parallelverkehr	67
1.	Die Freiheit zur Wahl der Zusatz- und Reserveversorgung	67
2.	Die Freiheit bei der Industriestrom-Einspeisung	68
II.	Die Beschränkung der Entscheidungsfreiheit beim El. Transport	69
III.	Die Bindung der Vertragsfreiheit der industriellen Eigenerzeuger	70
1.	Die Requisition	71
2.	Das Verbot des "refus de vente" und die industriellen Eigenerzeuger	72
E.	Die Regelung des Wettbewerbs zwischen den öffentlichen Versorgungsunternehmen und den industriellen Eigener- zeugern	74
I.	Die privatrechtliche Natur der Parallelverkehrsverträge	74
1.	Die Rechtsnatur der Zusatz- und Reserveversorgung	74
2.	Die Rechtsnatur der Kauf- und Transportverträge	75
II.	Die Nichtanwendbarkeit des Wettbewerbsrechtes auf den innerfranzösischen Parallelverkehr	75
1.	Das französische Wettbewerbsrecht	76
2.	Der Ausschluß des Wettbewerbsrechtes durch die el. rechtlichen Vorschriften	77
III.	Die Monopole der öffentlichen Versorgungsunternehmen und der Industrieverbund	78
1.	Der Markt der Zusatz- und Reserveversorgung	79
a)	Der wirtschaftliche Aspekt des Angebotsmonopols der öffentlichen Versorgungsunternehmen	79
b)	Der Industrieverbund	80
2.	Der Markt des Überschußstroms	82
a)	Der wirtschaftliche Aspekt des rechtlichen Nach- fragemonopols der öffentlichen Versorgungsunter- nehmen	82
b)	Der Industrieverbund	83

VIII

3. Der Markt des El. Transportes	83
a) Der wirtschaftliche Aspekt des beschränkten Transportmonopols der öffentlichen Versorgungsunternehmen	83
b) Der Industrieverbund	84
Zusammenfassung	85

2. TEIL

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT NACH WESTDEUTSCHEM RECHT	87
A. Die rechtliche Struktur der westdeutschen El. Wirtschaft	87
I. Die öffentliche El. Versorgung	87
1. Die Voraussetzungen	87
a) Der Grundsatz der Betätigungsfreiheit	87
b) Die energiegelsetzlichen Bestimmungen zur Aufnahme öffentlicher El. Versorgung	88
aa) Die Energieaufsicht	89
bb) Die Anzeige-, Auskunft- und Mitteilungspflicht	89
cc) Die Genehmigungsbedürftigkeit	90
c) Das Wegerecht	91
aa) Die Nutzung öffentlichen Grund und Bodens	91
bb) Die Nutzung privaten Bodens	91
2. Die öffentlichen Versorgungsunternehmen	92
a) Der Begriff des Energieversorgungsunternehmen	92
b) Die privatwirtschaftlich geführten öffentlichen Versorgungsunternehmen	92
c) Die öffentlich-rechtlich betriebenen öffentlichen Versorgungsunternehmen	94
3. Die Marktordnung der öffentlichen El. Versorgung	95
a) Die funktionelle Struktur der öffentlichen El. Versorgung	95
b) Die Regelung der wettbewerblichen Beziehungen der öffentlichen El. Versorgungsunternehmen untereinander	97

IX

c) Die el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträge nach dem GWB	100
aa) Die Demarkationsabreden	100
bb) Die Konzessionsverträge	103
cc) Die Preisbindungsverträge	104
dd) Die Verbundabreden	104
II. Die industriellen Eigenerzeuger	106
1. Die industrielle Eigenerzeugung	106
a) Die Eigenanlagen und die Eigenversorgung	106
aa) Die Eigenanlagen	106
bb) Die Eigenversorgung	107
b) Die energiegesetzlichen Pflichten	108
aa) Die Auskunfts- und Anzeigepflicht	108
bb) Die Mitteilungspflicht	109
cc) Die Genehmigungsbedürftigkeit	110
c) Das Wegerecht	110
aa) Die Nutzung öffentlicher Wege	110
bb) Die Nutzung privaten Bodens	111
2. Die Stellung der industriellen Eigenerzeuger in der kartellrechtlichen Marktordnung der öffentlichen El. Versorgung	111
a) Die Marktstellung der öffentlichen El. Versor- gungsunternehmen gegenüber den industriellen Eigenerzeugern	111
b) Die Mißbrauchsgrenze der Marktordnung gegen- über den industriellen Eigenerzeugern	112
aa) Der Begriff des Mißbrauchs i. S. des § 104 GWB	113
bb) Der Mißbrauch der Demarkationsverträge	114
cc) Der Mißbrauch der Konzessionsverträge	115
dd) Der Mißbrauch der freigestellten Preisbindung	116
ee) Der Mißbrauch des Verbundvertrages	116

c)	Die Bedeutung der westdeutschen industriellen Eigenerzeugung und das Problem der Sicherung des wirtschaftlichsten Parallelverkehrs	117
aa)	Die Bedeutung der westdeutschen industriellen Eigenerzeugung für die öffentliche El. Erzeugung	117
bb)	Das rechtliche Problem der Sicherung des wirtschaftlichsten Parallelverkehrs	117
B.	Der Abschlußzwang bei der Zusatz- und Reserveversorgung durch die öffentlichen Versorgungsunternehmen	119
I.	Die Bindung der öffentlichen Versorgungsunternehmen bei der Zusatz- und Reserveversorgung	119
1.	Die energiegelgesetzliche Anspruchsgrundlage	119
a)	Die Unanwendbarkeit der Anspruchsgrundlage des § 6 Abs. 1 EnG	119
b)	Die beschränkte Versorgungspflicht nach § 6 Abs. 3 EnG	120
aa)	Der Anspruch auf Reserveversorgung nach der 5. DVO	121
bb)	Der Anspruch auf Zusatzversorgung nach der 5. DVO	122
cc)	Die Versorgungspflicht bei der Zusatz- und Reserveversorgung mit mittel- und hochgespanntem Strom	126
c)	Die Beschränkung des Anspruchs nach § 6 Abs. 2 EnG	128
d)	Die Anwendbarkeit der energiegelgesetzlichen Regelung auf sowohl die privatrechtliche als auch die öffentlich-rechtliche El. Versorgung	131
2.	Die Anspruchsergänzungen nach allgemeinen Vorschriften	132
a)	Die Anspruchsergänzung über § 26 Abs. 2 GWB bei der privatrechtlichen Versorgung	133

XI

aa) Der Versorgungsanspruch nach § 26 Abs. 2, 1. Alternative	139
bb) Der Versorgungsanspruch nach § 26 Abs. 2, 2. Alternative	143
b) Die Anspruchsergänzung durch das öffentlich- rechtliche Diskriminierungsverbot bei der hoheit- lichen Versorgung	147
c) Die Lücken der Pflicht der öffentlichen Versorgungs- unternehmen zur Zusatz- und Reserveversorgung	148
3. Das versorgungspflichtige Versorgungsunternehmen	149
a) Das nach § 6 Abs. 3 EnG pflichtige Unternehmen	149
b) Das nach § 26 Abs. 2 GWB pflichtige Unternehmen	150
c) Das nach dem öffentlich-rechtlichen Gleichbehand- lungsgebot pflichtige Unternehmen	150
4. Der versorgungsberechtigte industrielle Eigenerzeuger	150
a) Der aufgrund § 6 Abs. 3 EnG berechtigte industrielle Eigenerzeuger	150
aa) Der industrielle Eigenerzeuger als Versorgungs- einheit	150
bb) Der industrielle Eigenerzeuger mit Über- schußstrom-Abgabe an Dritte	151
b) Der nach § 26 Abs. 2 GWB versorgungsberech- tigte industrielle Eigenerzeuger	152
c) Der nach dem öffentlichen Recht berechtigte industrielle Eigenerzeuger	152
II. Die Bedingungen und Preise der Zusatz- und Reserveversorgung	152
1. Die Bindung der Preise und Bedingungen nach dem Energierecht	154
a) Die preisrechtliche Bindung der Vertragsfreiheit	155
b) Die Bindung der Vertragsfreiheit bei der Gestal- tung der Preise und Bedingungen im Rahmen der "wirtschaftlichen Zumutbarkeit"	158

XII

aa) Der Grundsatz angemessener Kapitalverzinsung	159
bb) Die Grundsätze der allgemeinen Tarifierung	160
2. Die wettbewerbsrechtlichen ergänzenden Vorschriften	164
a) Der Tatbestand der Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit	165
b) Der Tatbestand des Marktmachtmißbrauchs	167
c) Der Diskriminierungstatbestand	170
3. Die öffentlich-rechtlichen Ergänzungen	170
a) Das Kostendeckungsprinzip	171
b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	172
c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz	172
C. Der Abschlußzwang beim Kauf und Transport von Industrie- strom durch die öffentlichen Versorgungsunternehmen	174
I. Die Bindung der Abschlußfreiheit beim Kauf und Trans- port von industriellen Überschußstrom	175
1. Die energierechtliche Vertragsfreiheit und die el. wirtschaftliche Praxis	175
2. Die Bindung der Abschlußfreiheit nach allgemeinem Recht	179
a) Die Bindung der Abschlußfreiheit nach § 26 Abs. 2 GWB	180
aa) Die Bindung nach § 26 Abs. 2, 1. Alternative	184
bb) Die Bindung nach § 26 Abs. 2, 2. Alternative	188
b) Die Bindung der Abschlußfreiheit nach § 1 UWG	191
c) Die Bindung der Abschlußfreiheit nach § 826 BGB	195
d) Die Lehre vom Kontrahierungszwang des Monopolisten	196
e) Die Lücke der Abschlußpflicht	198
3. Das verpflichtete öffentliche Versorgungsunternehmen	199
4. Der berechtigte industrielle Eigenerzeuger	200
II. Die Bindung bei der Gestaltung der Bedingungen und Preise	200
1. Das Fehlen energierechtlicher Bindungen	200
2. Die wettbewerbsrechtliche Bindung	201

XIII

a) Der Tatbestand der Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit	201
b) Der Tatbestand des Marktmachtmißbrauch	202
c) Der Diskriminierungstatbestand	203
3. Die Bindung des § 1 UWG	204
4. Die Bindung des § 826 BGB	204
D. Der Abschlußzwang der industriellen Eigenerzeuger im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr	206
I. Die Bindungen des industriellen Eigenerzeugers als Energieversorgungsunternehmen	206
1. Die Bindung der öffentlich versorgenden industriellen Eigenerzeuger	206
2. Die hoheitliche Einschränkung der Abschlußfreiheit zur Sicherstellung der Landesverteidigung	207
II. Die Freiheit el. wirtschaftlicher Betätigung der industriellen Eigenerzeuger	209
Zusammenfassung	210

3. TEIL

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT NACH DEM RECHT DER EWG	212
A. Der Einfluß des EWG-Vertrages auf die nationale El. Wirtschaftsordnung	212
I. Der EWG-Vertrag als dem nationalen El. Recht übergeordnetes supranationales Recht	212
1. Die Anwendbarkeit des EWG-Vertrages auf die El. Wirtschaft	212
2. Die Ziele des EWG-Vertrages	214
II. Die wichtigsten marktvereinheitlichenden Mitgliedstaatspflichten	215
1. Das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit	216
2. Die Regelungen über den freien Warenverkehr	217

XIV

3. Die Freiheit der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs	224
4. Das Verbot wettbewerbsfremder staatlicher Maßnahmen bei öffentlichen Unternehmen	227
5. Das Verbot staatlicher Beihilfen	229
6. Die steuerlichen Vorschriften	230
7. Die Angleichung der Rechtsvorschriften	231
III. Der wettbewerbsrechtliche Einfluß auf die nationalen El. Wirtschaftsordnungen	232
1. Der Anwendungsbereich der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften	232
a) Die sachliche Begrenzung des EWG-Wettbewerbsrechtes	232
b) Das Verhältnis der Art. 85 ff. EWG-Vertrag zum nationalen Wettbewerbsrecht	233
aa) Das westdeutsche Recht zum zwischenstaatlichen El. Verkehr	233
bb) Das französische Recht zum zwischenstaatlichen El. Verkehr	234
cc) Die Zweischranken-Theorie	235
2. Der Einfluß des EWG-Wettbewerbsrechtes auf die französische El. Wirtschaftsordnung	236
3. Der Einfluß des EWG-Wettbewerbsrechtes auf die westdeutsche El. Wirtschaftsordnung	236
a) Das Kartellverbot	237
aa) Die Tatbestandsmäßigkeit grenznaher Marktordnung	238
bb) Die Einschränkung des Kartellverbotes durch Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag	240
b) Die Einschränkung des Wettbewerbsrechtes durch Art. 90 Abs. 2 EWG-Vertrag	244
c) Die Bedenken gegen das Verbot el. wirtschaftlicher Kartelle i. S. des § 103 Abs. 1 GWB	247

B. Der Parallelverkehr zwischen öffentlichen Versorgungsunternehmen und industriellen Eigenerzeugern nach dem EWG-Vertrag	249
I. Die Bindung beim Vertragsschluß im Parallelverkehr	249
1. Das Dumping	250
2. Das Kartellverbot	250
3. Das Verbot des Marktmachtmißbrauchs	250
4. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	256
II. Die Bindung bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen	257
1. Das Verbot des Marktmißbrauchs	258
2. Das Dumping	260
3. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit	261
Zusammenfassung	263
DAS UNTERSUCHUNGSERGEBNIS	264
ANMERKUNGEN	270

LITERATURVERZEICHNIS

- Adam: Le prix des charbons dans les pays de la C. E. C. A., Revue française de l'Energie, n^o 103, 1958, 105 ff.
- Alexander-Katz: Wettbewerbscharakter und Wettbewerbszweck geschäftlicher Handlungen, NJW 54, 132 ff.
- Armand: Zwischeneuropäische Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Energiewirtschaft, VIK-Bericht Nr. 29, Essen 1955.
- Arnold: Das Verbot der Diskriminierung nach § 26 Abs. 2 GWB in seinem Verhältnis zu Vertriebsbindungen nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 GWB, WuW 60, 618 ff.
- Bachof: Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 53, 417 ff.
- Ballerstedt: Über Tarifgerechtigkeit, in Festschrift für Gieseke, 1958, 311 ff. (zitiert: Tarifgerechtigkeit)
- Ballerstedt: Energierechtliche Probleme der §§ 103, 22, 26 GWB, in: Einzelfragen des Energierechts, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, Heft 5, Bonn 1962, 2 ff. (zitiert: Probleme)
- Ballerstedt: Zum Rechtsprinzip der im GWB getroffenen Regelungen, BB 63, 985 ff.
- Balke: Energiepolitische Perspektiven, in: Energie- und Wirtschaftspolitik im Gemeinsamen Markt, Heft 9, 7 ff.
- Bärmann: Ist eine Aktienrechtsreform überhaupt noch zulässig? JZ 59, 434
- Baruch: Welche Verwaltungsbehörde ist für die Anwendung der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages zuständig? BB 61, 662, 663.
- Baruch: Das Verhältnis zwischen der Kartellregelung des EWG-Vertrages und des GWB, WuW 63, 14 ff.
- Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 8. Auflage, Berlin und München 1960.
- Baumgartner: L'industrie privée française et l'énergie atomique dans la conjoncture actuelle, Revue de l'Energie 57, n^o 85, 283 ff.

- Beck: Die rechtliche Bedeutung des § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB, in: Aktuelle Fragen des Energierechts, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Bonn, Heft 7/8, 61 ff, Düsseldorf 1963
- Behrens: Der Wettbewerbsbegriff des GWB, NJW 58, 481 ff.
- Bender: Kostentheoretische Analyse im Versorgungsbetrieb, ET 8. Jg., Heft 70, 152
- Benisch: Zur Verfassungsmäßigkeit des Kartellverbots, DB 56, 37 ff.
- Benisch: Kartellrecht und Schutz der individuellen Freiheit, WuW 61, 764 ff.
- Berger: Anschluß- und Tarifierungspflicht der Energieversorgungsunternehmen bei typischen Sonderabnehmern, Schwelm 1960, unveröffentlicht (zitiert: Anschluß).
- Berger: Kontrahierungszwang bei Energielieferungsverträgen mit Obergesellschaften, BB 61, 1223, 1224.
- Berkenhoff: Enteignung der Netze, ZfK 62, 93, 7.
- Bernikel: Zur Theorie des "möglichen Wettbewerbs", WuW 58, 600 ff.
- Bidenkopf: Vom Sinn eines GWB. Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in: Biedenkorf-Callmann-Deringer: Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, Heidelberg 1957.
- Blaise: Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des Communautés européennes, Paris 1964.
- Boeckenförde: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, Dissertation, Berlin 1957.
- Böhm: Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.
- Böhm: Die Aufgaben der freien Marktwirtschaft, in Schriftenreihe der Hochschule für politische Wissenschaften, Heft 14, München 1951 (zitiert: Aufgaben)
- Börner: Die Marktbeherrschung im Kartellrecht der Montanunion und die Ruhrkohle, Düsseldorf 1960
- Börner: Ermessen und Energiewirtschaftsgesetz, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln, Heft 10, Düsseldorf 1965 (zitiert: Ermessen)

- Boiteux: La vente au coût marginal, *Revue française de l'Energie*, n° 81, 1956.
- Boiteux: Les tarifs de la concession d'alimentation générale d'Electricité de France, *Revue de l'Energie*, n° 92, 1957, 114 ff.; n° 81, 1956, 113 ff.; n° 86, 1957, 137 ff. (zitiert: Les tarifs).
- Boiteux: Les problèmes de l'énergie électrique données, *Problèmes et Perspectives*, *Revue française de l'Energie* n° 123, 1960, 70 ff. (zitiert: Les Problèmes).
- Borchardt/Fikentscher: Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, Stuttgart 1957.
- Bordier/Deglaire: Electricité, service public, Bd. I: Cadre du Service, Bd. II: La nationalisation, Paris 1963.
- Bothe: Wesen und rechtliche Grundlagen des Kontrahierungszwanges, *Disser-tation*, Marburg 1934.
- Breitfeld: Preisvorschriften für Reserve- und Zusatzversorgung, *EW* 41, 128 ff.
- Braure: Le prix du secteur public de l'Electricité, *Revue française de l'Energie* n° 91, 1957, 52 ff.
- Bröse: 75 Jahre öffentliche Elektrizitätsversorgung, in: *Die öffentliche Wirtschaft* 1959, Sonderausgabe, 7 ff.
- Brücher, Bereichsausnahmen im US-Antitrustrecht, *WuW* 59, 532 ff.
- Brugger: Zur Auslegung des § 1 GWB, *WuW* 59, 467.
- Buderath: Die Ordnungspolitik in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, Bad Homburg 1962 (zitiert: Ordnungspolitik).
- Buderath: Die Grundlagen unserer Stromversorgung, *Energie* 64, 120 ff.
- Buderath: Preisgünstige Stromversorgung und ihre Voraussetzungen, *ET* 12. Jg. 1962, 117 ff.
- Buderath: Preisdifferenzierung und Preisdiskriminierung in der Elektrizitätswirtschaft, München-Gräfelfing 65
- Burgbacher: Energiewirtschaftliche Fragen der europäischen Koordination, *EW* 61, 711 ff.

- Burgbacher: Antwort der EWG-Kommission wegen der Anwendbarkeit der Art. 85 ff., Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 63, 2235, 2236.
- Burgbacher: Anwendung der EWG-Regeln auf staatliche Unternehmen - Anfrage v. 4.10.63, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 63, 2867, 2868; 2546, 2548.
- Burgbacher: Koordinierung der Energiepolitik innerhalb der EWG, GWF 63, 889 ff.
- Burgbacher: Zum Wettbewerb zwischen verstaatlichten und nichtverstaatlichten Unternehmen innerhalb der EWG, WuW 64, 62 ff; ET 63, 336 ff.
- Callmann: Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht, WuW 61, 778 ff.
- Carl: Monopolstellung und Abschlußzwang des Versorgungsunternehmens, JW 34, 1946 ff.
- Catalano: Application des Dispositions du Traité C. E. E. (et notamment des règles de concurrence) aux entreprises publiques, Riese-Festschrift, Karlsruhe 1964, 133 ff.
- Cautius: Kapitalbedarf der Netze, EW 56, 119 ff.
- Chalmy: Ziel und Aufgabe der "Internationalen Vereinigung der Erzeuger und Verteiler elektrischer Energie" (UNIPED), EW 61, 703 ff.
- Coing: Zur Auslegung von Art. 85 EWG-Vertrag, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 63, 271 ff.
- Colliard: L'obscure clarté de l'article 37 du Traité de Communauté économique européenne, D 64 Chr 263 ff.
- Contzen: Der Kontrahierungszwang bei marktbeherrschenden Unternehmen, Dissertation, Köln 1965.
- Cordt: GWB und die Deutsche Elektrizitätswirtschaft, EW 58, 575 ff.
- Cordt: Kartellgesetz und Versorgungsunternehmen, GWF 59, 161 ff.
- Cosnard: Concession exclusive et refus de vente, D 62, Chr 237 ff.
- Crome: Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege, AcP 115, 1 ff.

- Dalloz: Encyclopédie Juridique, Répertoire de Droit Public et Administratif, Teil II, Paris 1959.
- Darge/Melchinger/Rumpf: Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft, Erläuterungsbuch (Loseblattausgabe), Berlin 1936 (zitiert: DMR).
- Delion: L'Etat et les Entreprises publiques, Paris 1959.
- Deringer: Rechtsfragen des Wettbewerbs in der Energiewirtschaft, GWF 61, 739 ff.
- Deringer: Gedanken der Vereinheitlichung des EWG-Kartellrechts, BB 62, 11.
- Deringer: Das Wettbewerbsrecht der EWG, Kommentar zu den EWG-Wettbewerbsregeln, in WuW 62 ff. (zitiert: Das Wettbewerbsrecht)
- Deringer: Die 1. Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85, 86 EWG-Vertrag, WuW 62, 81.
- Deringer: Zur Auslegung des Art. 90 Abs. 2 des EWG-Vertrages, in: Kartellrundschaue Heft 8 (1966), 259 H. (zitiert: Kartellrundschaue).
- Deringer/Tessin: Zur Auslegung der Neufassung des § 18 GWB, WuW 66, 132 ff.
- Deutsch: Wettbewerbsstatbestände mit Auslandsbeziehung, in: Abhandlungen aus dem gesamten bürgerlichen Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Heft 26, Stuttgart 1962.
- Dichgans: Zum Begriff "Mißbrauch" im GWB, WuW 58, 658 ff.
- Diederich: Die Illusion des Kostenpreises, FAZ 62, 127, 5.
- Dittrich: Das Kartellgesetz und seine Voraussetzungen im Bereich der Stromversorgung, Energie 1960, 220, 221.
- Dörinkel: Der Begriff des Mißbrauchs i. S. der Kartellaufsichtsbestimmungen des GWB, WuW 59, 81 ff.
- Dorn: Schadensersatzansprüche des Privatunternehmens wegen schädigenden Wettbewerbs durch Gemeindebetriebe, NJW 64, 137 ff.
- Droste: Die Wettbewerbsregelungen der EWG, NJW 62, 1937 ff.
- Electricité de France: Rapport d'activité, Comptes de Gestion, Exercice 1962, Paris 1963.

- Electricité de France: Résultats techniques provisoires 1963, Paris 1964.
- Ehle: Zum Diskriminierungsverbot im Gemeinsamen Markt (zu dem Urteil des EurGH v. 17. 7. 1963), NJW 64, 374 f.
- Ehrhardt: EWG leitet aktive Kartellpolitik ein, DB 60, 1330 f.
- Eiser/Riederer: Energiewirtschaftsrecht (Loseblatt-Ausgabe), München und Berlin.
- Engels: Das Kartellverbot des Artikel 85 EWG-Vertrag, DB 63, 332 ff.
- Engert: Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen nach dem neuen Wegerecht, NJW 64, 1300 ff.
- Enneccerus/Nipperdey: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbband, Ein Lehrbuch, 15. Auflage, Tübingen 1960.
- Eucken: Grundlagen der Nationalökonomie, 6. Auflage 1950, Berlin, Göttingen, Heidelberg.
- Everling: Das Niederlassungsrecht im Gemeinsamen Markt, Berlin und Frankfurt/Main 1963.
- Farjat: L'Ordre public économique, Paris 1963.
- Felice: Energie électrique et Aménagement du Territoire, Revue française de l'Energie, n° 93, 1958, 155 ff.
- Fikentscher: Aus der Rechtsprechung zur wettbewerblichen Diskriminierung, DB 60, 227 ff.; WuW 58, 257.
- Fischerhof: Rechtsfragen der Energiewirtschaft, verschiedene Aufsätze, Frankfurt/M. 1956 (zitiert: Rechtsfragen).
- Fischerhof: Die Versorgung von Werkwohnungen durch Industriebetriebe nach dem Energiewirtschaftsgesetz, in: Rechtsfragen in der Energiewirtschaft, 137 ff. (zitiert: Versorgung von Werkwohnungen).
- Fischerhof: Die Energie im Sicherstellungsgesetz, ET 56/57, 181.
- Fischerhof: Der Energieversorgungsvertrag - weder Wiederkehrsschuldverhältnis noch ein Sukzessivlieferungsvertrag, EW 57, 775.
- Fischerhof: Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 57, 305 ff.

- Fischerhof: Versorgungspflicht und Tarifierung bei typischen Sonderabnehmern, VIK-Bericht Nr. 75, Essen 1958.
- Fischerhof: GWB und Energiewirtschaft, BB 58, 135 ff.
- Fischerhof: Wettbewerb in der Energiewirtschaft und das GWB, WuW 59, 328 ff.
- Fischerhof: Zur Intensivierung der Stromerzeugung, in: Beiträge zum Energierecht, Essen 1959, 114 ff. (zitiert: Intensivierung).
- Fischerhof: Anmerkung zum Beschluß des OLG Koblenz, ET 64, 45; WuW 59, 328.
- Fischerhof: Energiewirtschaft und Kartellgesetz, Frankfurter Rundschau v. 20.10.1956.
- Fischerhof: Der Anspruch von Unternehmen mit Eigenanlagen auf Reserve- und Zusatzstromversorgung nach § 26 Abs. 2 GWB - Zum Rechtsgutachten von Rasch, Der Kartell- und Preisdienst 3. Jg., Nr. 6 v. 15.3.1960 (zitiert: Anspruch).
- Fischerhof: Daseinsvorsorge und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 60, 41.
- Fischerhof: Wettbewerbsbeschränkende Verträge in der Energiewirtschaft und die Entscheidung des BGH v. 20.10.1960, ET 61, 53, 54.
- Fischerhof: Europäisches Wettbewerbsrecht und Energiewirtschaft, EWG-Vertrag und Energierecht, BB 62 783 ff.
- Fischerhof: Energiewirtschafts- und Atomenergierecht, v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, neu herausgegeben von Ule, Bd. VIII, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Abschnitt VI (zitiert: Brauchitsch).
- Flouret: Réalisation et perspectives d'EDF, Revue de l'Energie n^o 82, 1957, 180 ff.
- Fonk: Auslegungsfragen des GWB, EW 58, 475 ff.
- Forschungsstelle der Friedrich-Ebert-Stiftung Bonn: Die Energiewirtschaft, Struktur, Organisation und Tendenzen, Schriftenreihe, Hamm 1960.
- Forsthoff: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.

- Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allg. Teil, 8. Auflage, München, Berlin, 1961.
- Fourré/Wenner: Der EWG-Vertrag in der Gerichtspraxis (art. 37 und 177), AWD 65, 149 ff.
- Frisch: Ein Katalog der öffentlichen Wirtschaft in Frankreich, Die öffentliche Wirtschaft Nr. 4, 1956, 18 ff.
- Frisch: Die öffentliche Wirtschaft in Frankreich, Die öffentliche Wirtschaft 1952, 22 ff.; 53, 21 ff.
- Frisch: Entwicklungstendenzen in den verstaatlichten Betrieben Frankreichs, Die öffentliche Wirtschaft 58, Heft 4, 16 ff.
- Friesenhahn: Grundgesetz und Energiewirtschaft, EW 57, 12 ff.
- Frowein: Zum Verhältnis zwischen dem EWG-Recht und nationalem Recht aus der Sicht des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, AWD 64, 232 ff.
- Gabriel: Gesamtumsatzkartelle unter wirtschaftlichem Aspekt, WuW 59, 313 ff.
- Gamm, von: Das Kartellrecht im EWG-Recht, Kartellrundschaу, Heft 3, 1961, Berlin, Köln, München und Bonn (zitiert: Kartellrecht).
- Gamm, von: Angleichung des Wettbewerbsrechts in der EWG, NJW 60, 2127 ff.
- Geiger: Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, Stuttgart 1957, 167 ff.
- Gelhaar: Die Elektrizitätswirtschaft in der Rechtsprechung des BGH, DB 58, Beilage v. 12. 2. 1958
- Gentz: Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 des GWB unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Kartellgerichts zu § 2 der Kartellverordnung von 1923, Dissertation, Köln 1960 (zitiert: Das Diskriminierungsverbot).
- Gentz: Das Diskriminierungsverbot in § 26 Abs. 2 GWB und § 9 Kartellverordnung, WuW 61, 587 ff. und 614 ff.
- Gerigk: Kontrahierungszwang der EWG gegenüber Sonderabnehmern, Veröffentlichungen des Instituts für Energierecht an der Universität Köln, Heft 11, Düsseldorf 1966.

- Gieseke: Die Stellung der deutschen Energiewirtschaft nach dem GWB und Energiewirtschaftsgesetz, GWF 58, 719 ff.
- Gieseke: GWB und Energiewirtschaftsgesetz, Vortrag in Bonn 1958, Handelsblatt v. 14.3.58.
- Ginocchio: Législation et Organisation de l'industrie Electrique (Production, transport et distribution), Paris 1963.
- Gleiss: Ein Vorschlag im Kartellrecht: Gruppenausnahmen und Negativatteste nach EWG- und deutschem Kartellrecht, Handelsblatt v. 15./16.12.1961, Nr. 241.
- Gleiss/Hirsch: EWG-Kartellrecht, Kommentar zu Art. 85 ff., Heidelberg 1962 (zitiert: Kommentar).
- Gleiss/Hirsch: EWG-Kartellrecht und Zuständigkeit nationaler Behörden, BB 62, 623 ff.
- Gleiss/Hirsch: Kartellrecht: Gruppenfreistellung durch die EWG-Kommission, BB 62, 1176.
- Gleiss/Hook: Gruppenfreistellungen nach EWG-Recht, NJW 63, 230 ff.
- Groeben, von der.: Wettbewerbspolitik in der EWG, WuW 61, 373 ff.
- Groeben, von der.: Die ersten vier Jahre der EWG, BB 62, 569 ff.
- Groeben, von der./Boeckh: Handbuch für Europäische Wirtschaft (Loseblattausgabe), Baden-Baden, (zitiert: Handbuch).
- Grussendorf: Zur Problematik des Art. 90 EWG-Vertrag, WuW 65, 384 ff.
- Günther: Die Regelung des Wettbewerbs im Vertrag zur Gründung der EWG, WuW 57, 275 ff.
- Günther: Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrags, WuW 63, 191.
- Hacker: Wettbewerb in der Energiewirtschaft. Ein Beitrag zur Diskussion über die Reform des Energierechts, Handelsblatt 62, 63, 15.
- Hahn, von: Mißbrauch marktbeherrschender Stellung, BB 59, 1279.
- Halstenberg: Gebietsschutz und sein Mißbrauch, ZfK 62, 99, 1 und 4.
- Halstenberg: Rechtsunsicherheit und Papierkrieg. EWG-Kartellverordnung gilt auch für Versorgungsunternehmen, ZfK 62, 99, 9.

Hamann: Das Grundgesetz, Oldenburg 1956.

Hamm, Kollektiveigentum. Die Rolle öffentlicher Unternehmen in der Marktwirtschaft, Heidelberg 61.

Hammer: Zur Frage des Kontrahierungszwanges bei Energielieferungsverträgen mit Obergesellschaften, BB 62, 274.

Hammer: Die rechtliche Bedeutung technischer Vorschriften, GWF 64, 109 ff.

Hausmann: "Public Utilities" und gemischtwirtschaftliche Unternehmen, 1955.

Hecke, van: Das Diskriminierungsverbot des EWG-Vertrages, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, 335 ff.

Hecke, van: Le droit anti-trust: aspects comparatifs et internationaux, in: Recueil des Cours, 1962 Bd. II, 253 ff.

Heesemann: Dienst an der Allgemeinheit, VW 52 Beilage Nr. 46, 4 ff.

Herhahn: Stellungnahme zum Gesetz über die Beaufsichtigung der Energiewirtschaft, WuW 54, 430.

Heuss: Unvollkommene Konkurrenz in der Marktwirtschaft, Ordo Bd. VII, 1955.

Heyer: Über den nützlichen Wettbewerb, Energie 62, 26, 27.

Hochbaum: Das Diskriminierungs- und Subventionierungsverbot in der EGKS und EWG, Bonn 62.

Holzapfl: Strompreisbildung und behördliche Kontrollbefugnisse, BB 63, 797 ff.

Hoppe: Privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Ausschließlichkeitsrechte von EVU und ihre Wirkung gegenüber Erdgas, MDR 65, 954 ff.

Hose: Der Energieversorgungsvertrag, Dissertation, Darmstadt 1961.

Huber: Selbstverwaltung der Wirtschaft, Stuttgart 1958.

Huber: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, Tübingen 1953.

Huppert: Die mangelnde Elastizität der Kostenpreise, WuW 56, 100 ff.

Huth: Öffentliche Wirtschaft und EWG-Vertrag, AWD 65, 121 ff.

Ipsen: Fusion der Europäischen Gemeinschaften, NJW 63, 2209 ff.

Ipsen: Gleichheit, in Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, 111 ff.

- Ipsen/Nicolaysen: Öffentliche Unternehmen im Gemeinsamen Markt - Bericht über die aktuelle Entwicklung des Gemeinschaftsrechts, NJW 64, 2336 ff.
- Isay: Entwurf eines Gesetzes zur Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen, Wirtschaftliche und rechtliche Konsequenzen des Böhm-Entwurfs, WuW 55, 352.
- Isay: Kontrahierungszwang für Monopole? Kartellrundschaу 29, 373 ff.
- Jacquignon: Le régime des biens des Entreprises nationales, Bd. I, Paris 1956.
- Jaenicke: Das Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht in der Agrarmarktorganisation der EWG, ZaöRV Bd. 23, 485 ff.
- Janssen: Das Grenzkostenproblem in der deutschen Elektrizitätswirtschaft, Frankfurt/Main 1958.
- Japy: Les Ententes sur le plan juridique, in: Ententes, Fusions, Actions collectives, Paris 1962, 103 ff.
- Jeanneney/Colliard: Economie et Droit de l'Electricité, Paris 1950.
- Kahrs: Zivilrechtliche Ansprüche auf Grund einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes, Baden-Baden 1965.
- Kaiser: Konzessionsabgabe und Kontrahierungszwang, in: Archiv des Instituts für Energierecht in Köln, Fundstelle nicht mehr feststellbar.
- Kartte: Zum Begriff "marktbeherrschende" Unternehmen i. S. des § 22 Abs. 1 GWB, DB 62, 1133 ff.
- Kaun: Sinn und Aufgabe des kommunalen Querverbundes in der Versorgungswirtschaft, Die öffentliche Wirtschaft 54, 16 ff.
- Kirschstein: Die EWG-Verordnung über Gruppenfreistellungen, WuW 65, 361 ff.
- Klaue: Zwei Jahre Rechtsprechung zum GWB, WuW 60, 331 ff.
- Kleeberg: Das Exportkartell als Absatzorgan, Köln-Opladen 1959.
- Kleemann: Die Wettbewerbsregeln der EWG, Baden-Baden 1962.
- Kneller: Die Elektrizitätswirtschaft Württembergs, Energie 1961, 81 ff.
- Knöpfle: Zum Wettbewerb i. S. des § 1 GWB, WuW 61, 159 ff.

- Koch: Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB, BB 59, 241.
- Kohl: Der Wettbewerb in der Energiewirtschaft und seine Grenzen, VW 57 Beil. 36, 11.
- Kohl: Stand und Entwicklung der Energiegesetzgebung, GWF 58, 814 ff.
- Köhler, von: Das Diskriminierungsverbot im GWB und der Gleichheitsgrundsatz, BB 59, 689.
- Kord-Ruwisch: Der überschüssige Industriestrom, ET 55, 39.
- Körfer: Aktuelle Strompreisfragen, EW 58, 659 ff.
- Körfer: Die Stromerzeugungsanlagen und die Stromversorgung der westdeutschen Industrie, VIK-Bericht Nr. 78, 1958 (zitiert: Stromerzeugungsanlagen).
- Körfer: Vortrag über das zukünftige Energierecht, Energie 61, 249 ff.
- Körfer: Grundlagen und Wirtschaftlichkeit der industriellen Stromerzeugung, Energie 61, 465 ff.
- Körfer: Wettbewerb in der Energiewirtschaft bzw. Strommonopol, HB v. 21.4.62 bzw. 27./28.4.62.
- Körfer: Industriestrom: öffentliche Netze des Auslandes VW 62, 15 ff.
- Körfer: Die Stromerzeugung der westdeutschen Industrie- und die Bedeutung der Zechenstromwirtschaft, Berlin 63.
- Körfer/Malzer: Die Eigenanlagen im westdeutschen Energierecht (in Gieseke-Festschrift, 331 ff.).
- Köttgen: Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen 1961.
- Kracht: Die kartellrechtliche Beurteilung der Praxis der Sozialversicherungsträger, NJW 62, 187 ff.
- Kracht: Das Diskriminierungsverbot im GWB, NJW 60, 1229 ff.
- Kromer: Die Ergebnisse der Energie-Enquête aus der Sicht der deutschen Elektrizitätswirtschaft, in Energie-Enquête 74 ff.
- Kroms: Das Industriekraftwerk in der Energiewirtschaft, Energie 61, 471 ff.

- Kronstein: Die Bedeutung der Wettbewerbsregeln im Gesamtrahmen des Montanvertrages und des EWG-Vertrages, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, Bd. I, 111 ff., Frankfurt/M. 1961.
- Krucken: Die Auswirkungen des Strukturwandels in der Energiewirtschaft auf die Verkehrsunternehmen in rechtlicher Betrachtung, Die Bundesbahn 61, 741 ff.
- Kuppert: Preisänderungsklausel in Verträgen mit typischen Sonderabnehmern, VIK-Bericht Nr. 128, Essen 1962.
- Kuppert: Die Problematik von Strompreisvergleichen, VIK-Bericht Nr. 138/9, Essen 1963.
- Kuppert: Der neue französische Hochspannungstarif, VIK-Bericht Nr. 91, 23 ff., Essen 1959 (zitiert: Hochspannungstarif).
- Kuppert: Vergleich der Strompreise westdeutscher Energieversorgungsunternehmen für Sonderabnehmer mit Normalverträgen, VIK, Essen 1962.
- Langen: Marktbeherrschung und ihr Mißbrauch nach Art. 86 EWG-Vertrag, Bonn 1959 (zitiert: Marktbeherrschung).
- Langen: Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Auflage, Neuwied, Berlin-Spandau, Darmstadt 1958.
- Landmann-Giers-Proksch: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Düsseldorf 1964.
- Lanzenberger: Die Aufgaben der Kartellbehörden, insbesondere in Bezug auf die Energiewirtschaft, GWF 59, 789 ff.
- Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, allg. Teil, 7. Auflage, München und Berlin 1962.
- Laubadère, de: Traité de Droit Administratif, 3. Auflage, Paris 1963.
- Leener, de: La production autonome d'énergie électrique dans le cadre de l'économie énergétique, Revue française de l'Energie 58, 108 ff.
- Leffson: Qualitäts- und Preiswettbewerb, Ordo Bd. XI, 405 ff.
- Lehning: Das Verbot der Diskriminierung von Lieferanten im deutschen und europäischen Recht, WuW 66, 3 ff.

- Lescuyer: Le contrôle de l'état sur les entreprises nationalisées, Paris 1959.
- Lilienfein: Finanzierungsprobleme der Elektrizitätswirtschaft, VW 57 Beil. 36, 16 ff. (zitiert: Finanzierungsprobleme).
- Lilienfein: Elektrizitätswirtschaft und Wettbewerb, EW 62, 57 ff.
- List: Energierecht, ein Grundriß der Grundfragen, 2. Auflage, Wiesbaden 1952.
- Lousouarn-Bredin: La réglementation des ententes - Le recul du contrôle judiciaire, D 63 Chr VI.
- Lucas: Die Anschluß- und Versorgungspflicht nach dem Energiewirtschaftsgesetz, Dissertation, Frankfurt/M., 1939.
- Ludwig: Mißbrauch kann in unangemessen hohen Preisen liegen. Demarkationsvertrag verbessert Marktverhältnisse, ZfK 61, 17.
- Ludwig: EWG-Kartellrecht weiterhin ungeklärt, ZfK 63, 7.
- Ludwig: Meistbegünstigungsklausel durch Kartellrecht ersetzt? ZfK 64 Nr. 3, 7.
- Ludwig/Cordt/Stech: Recht der Elektrizitäts-, Gas- und Wasserversorgung, Kommentar, Frankfurt/M. 1964 (zitiert: LCSt).
- Luley: Eigenanlagen und Versorgungsunternehmen im neuen Energierecht, JW 36, 3366 ff.
- Lumpe: GWB und öffentliche Energieversorgung, EW 58, 1 ff.
- Lutz: Gesetzliche Wettbewerbsverbote und Kartellrecht, NJW 63, 625.
- Maas, van der: Preisdifferenzierungen und Preisdiskriminierung in der Energieversorgung, Tagungsberichte des energiewirtschaftlichen Institutes der Universität Köln, Heft 8, 121/122.
- Maaß: Die Neuordnung der deutschen Energiewirtschaft (ihre besondere Wirkung auf die Gemeinden), Marburg, 1941 (Dissertation).
- Mailänder: Rückwirkende Freistellungen durch Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht, AWD 65, 161 ff.
- Maiberg: Zur Preiserhöhung im sogenannten vertraglosen Zustand und über das Verhältnis vertraglicher Meistbegünstigungsklauseln zu § 26 Abs. 2 GWB, ET 60/61, 207 ff.

- Malzer/Körfer: Die Eigenanlagen im westdeutschen Energierecht, Gieseke-Festschrift, 342 ff.
- Malzer: Energieversorgung und Kartellgesetz, WuW 59, 780 ff.
- Malzer: Die Auswirkungen des Kartellgesetzes auf den Energieversorgungsvertrag, VIK-Mitteilungen 1959.
- Malzer: Die Verlegung von Versorgungsleitungen über (unter) fremde Grundstücke hinweg (§ 905 Abs. 2 BGB), in Beiträge zum Energierecht, 231 ff.
- Malzer: Das Energierecht in Mittel- und Westdeutschland in Beiträge zum Energierecht, 11 ff. (zitiert: Energierecht), Essen 1959.
- Malzer: Energiepreisrecht für Sonderabnehmer, BB 60, Heft 29, Beilage 5 ff.
- Malzer: Die Benutzung öffentlicher Wege zur Leitungsverlegung durch Versorgungsunternehmen und industrielle Eigenanlagen, in kartellrechtlicher Hinsicht, WuW 62, 252.
- Malzer: Recht der Leitungsverlegung auf fremden Grundstücken, VIK-Bericht Nr. 127, Essen 1962, 36 ff. (zitiert: Recht der Leitungsverlegung).
- Malzer: Das Recht der Grundstücksbenutzung durch Versorgungsanlagen, VIK-Mitteilungen 1965, Heft 1/2, 1 ff.
- Malzer: EWG-Kartellrecht und Energieversorgung, WuW 63, 203 ff.
- Malzer: Tendenzen bei der Fortentwicklung des Rechtes der Energieversorgung, in: VIK-Bericht Nr. 138/9, Essen 63, (zitiert: Tendenzen).
- Malzer: Das Recht der Benutzung und Enteignung von Grundstücken zur Leitungsverlegung, DB 63, 473 ff., 507 ff.
- Malzer/Wirth: Auflockerung des Wettbewerbs in der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft, VIK-Bericht Nr. 77, Essen 1958.
- Mangels: Ist die Aufnahme von Energieversorgung noch genehmigungspflichtig? EW 54, 590 ff.
- Mandoldt/Klein: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, 2. Auflage 1957, Berlin und Frankfurt/M.
- Marjolin: Die Bedeutung der deutschen Energie-Enquête für die europäische Energiewirtschaftspolitik, Vortrag, in Energie-Enquête, 49 ff.

- Martin: Le transport d'énergie électrique par les autoproducteurs, Revue française de l'Energie, n^o 73, 1956, 208 ff.
- Massé: L'Europe et l'idée de programmation économique, Revue du Marché Commun 63, 49.
- Mattheis: Die Erforderlichkeit der Enteignung für Energieversorgungsleitungen, NJW 63, 1804 ff.
- Maunz: Rechtsprobleme im Energiewirtschaftsrecht, Stellungnahme zu Friesenhahn: Grundgesetz und Energiewirtschaft, Heidelberg 1958.
- Maunz: Grundfragen des Energiewirtschaftsrechtes, Verwaltungsarchiv Bd. 50, 315 ff. (zitiert: Grundfragen).
- Mees: Die staatliche Beschaffenstätigkeit und das GWB, WuW 61, 541 ff.
- Menze: Markttransparenz in Theorie und Wettbewerbsrecht, WuW 63, 578 ff.
- Mesenberg: Zur Frage des Abbaues von Wettbewerbsverfälschungen und -verzerrungen in den EWG-Staaten, BB 61, 141 ff.
- Mestmäcker: Marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1959.
- Mestmäcker: Diskriminierung, Dirigismus und Wettbewerb, WuW 57, 21, 92.
- Mewes: Das Monopolproblem in der Energiewirtschaft, ET 51, 7 ff.
- Meyer-Cording: Monopol und Marktbeherrschung als Rechtsprobleme, Tübingen 1954.
- Milhaud: Grundzüge der öffentlichen Wirtschaft, Die öffentliche Wirtschaft 52, 12 ff.
- Mitchell: Unterschiedliche Behandlung i. S. des § 26 Abs. 2 GWB, WuW 62, 387 ff.
- Müller, F. H.: Die Wettbewerbslage der Elektrizität gegenüber anderen Energieträgern, ET 8. Jg., 67 ff. (zitiert: Wettbewerbslage).
- Müller, F. H.: Grundzüge der Energieabsatzwirtschaft, Berlin 1942.
- Müller, F. H.: Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft, Kommentar, 1936.
- Müller-Engelhardt: Neuordnung der Energiewirtschaft, VW 52, 9.

- Müller-Gries: Kommentar zum GWB, 1. Auflage, Frankfurt/M. 1958.
- Müller-Henneberg: Mißbrauchsbegriff des GWB, BB 59, 139 ff.
- Müller-Henneberg/Schwartz: Kommentar zum GWB, Köln, Berlin, 2. Auflage 1963 (zitiert: GemKo).
- Neufang: Grundstückenteignungsrecht, Tübingen 1952.
- Neumann/Nipperdey/Scheuner: Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954.
- Nicolas: Le nouveau régime de l'expropriation, Paris 1960.
- Niederleithinger: Die kartellrechtliche Beurteilung der Bezugs- und Erzeugungsbeschränkungen in den Sonderabnehmerverträgen der Versorgungswirtschaft, WuW 64, 15 ff.
- Nießen: Die privatrechtliche Stellung der Elektrizität und der Elektrizitätslieferungsvertrag, Berlin, 1925.
- Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, Jena 1920 (zitiert: Kontrahierungszwang).
- Nipperdey: Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch, Mannheim, Leipzig und Berlin 1929 (zitiert: Stromsperre).
- Nissen: Die Umformung der Handelsmonopole in der EWG, WuW 63, 106 ff.
- Nürck/Solling: Verteiler und Energieversorgungsunternehmen in der Preisklemme, ET 63, 447 ff.
- Oberlack: Energietransport über den Draht, VW 62, Beil. Nr. 19, 18 ff.
- Obernolte: Öffentliche Unternehmen und Dienstleistungsunternehmen von allgemein wirtschaftlichem Interesse im Wettbewerb des Gemeinsamen Marktes, Europäische Wirtschaft 60, 223 ff.
- Ordemann: Die Versorgungswirtschaft - Prüfstein einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung, Liberal, Beiträge zur Entwicklung einer freiheitlichen Ordnung, April 1962.
- Osterkamp: Pläne und Erfolge der staatlichen Energiewirtschaft in Frankreich, Die öffentliche Wirtschaft 1962, 195.
- Ottel: Kann die Gesetzgebung Wettbewerb schaffen? in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Isay-Festschrift 1956, 71 ff.
- Ottel: Zwei Jahre deutsche Kartellpolitik, Frankfurt/M., 1960.

- Pabst: Die Beziehung zwischen Monopol und Kontrahierungszwang, Dissertation, Köln 1931.
- Pabst: Versorgungswirtschaftliche Einzelfragen aus dem Bericht des Bundeskartellamtes für 1960, EW 61, 533 (zitiert: Versorgungswirtschaftliche Einzelfragen).
- Palandt: Kommentar zum BGB, 25. Auflage, Berlin und München 1966.
- Pfundner-Neubert: Das neue deutsche Reichsrecht, Loseblattausgabe, Berlin, Stand August 1940.
- Philippi: Das Verhältnis zwischen EVU und Abnehmern im französischen Recht, in: Aktuelle Fragen des Energierechts, Veröffentlichungen des Institutes für Energierecht an der Universität Bonn, 1962, 50 ff.
- Philips: Markttransparenz in Theorie und Wirklichkeit, WuW 1964, 205 ff.
- Pietsch: Gleichzeitigkeitsfaktoren in Versorgungsleitungen, GWF 63, 135 ff.
- Plaisant-Lassier: Die Trusts und die Wirtschaftsverbände im französischen Recht, in: Jahn-Junckersdorff, Internationales Handbuch der Kartellpolitik, Berlin 1958, 177 ff.
- Radtke: Die verfassungsrechtlichen Schranken der §§ 3, 4, 5 und 7 des Gesetzes zur Förderung der Energiewirtschaft v. 13.12.1935, Inauguraldissertation, Marburg 1959.
- Raiser: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, 1 ff.
- Raiser: Kontrahierungszwang im Monopolrecht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht, Bd. II, 523 ff., Frankfurt/M. 1961.
- Rasch: Der Anspruch von Unternehmen mit Eigenanlagen auf Reserve- und Zusatzversorgung nach § 26 Abs. 2 GWB, (Gutachten), VIK, Essen 1960.
- Rasch: Kommentar zum GWB, 2. Auflage, Berlin 1958.
- Rauschenbach: Das rechtliche Problem der Kartellaufsicht und der Fachaufsicht, in: Monopole und Kartelle im modernen Recht, Bd. II, 767 ff.
- Reimann: Sondernachlässe und Preisdiskriminierung, WRP 55, 179 ff.

- Rehbinder: Extraterritoriale Wirkungen des deutschen Kartellrechts, Baden-Baden 1965.
- Reimer: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, systematischer Kommentar, 3. Auflage, Köln, Berlin 1954.
- Reusch: Mehr Wettbewerb in der Energiewirtschaft, IK Nr. 159 v. 12.10.63.
- Reuter: Ententes et cartels, Revue du Marché Commun, 59, 46.
- Reichsgerichtsräte-Kommentar, Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, Bd. I, 1. Teil, 11. Auflage, Berlin 1959 (zitiert: RGRK).
- Richardt: Elektrizitätswerk und Abnehmer, Dissertation, Göttingen 1936.
- Riederer: Das Diskriminierungsverbot und die Elektrizitätswirtschaft, EW 62, 708 ff.
- Ringleb: Wettbewerb in der Versorgungswirtschaft? Sorgen über die Reform des § 103 GWB, IK Nr. 163 v. 19.10. 1963.
- Roggendorf/Sardemann: Industriekraftwerke in der Elektrizitätsversorgung, ET 62, 1 ff.
- Roggendorf/Sardemann: Pro und contra Industriestrom, VW 62, 158 ff.
- Roggendorf: Industriestrom im öffentlichen Netz? VW 61, 2358 ff.
- Roller: Die Kunst der Strompreisbildung, VW 57 Nr. 36 Beilage, 18 ff.
- Roller: Die Grundlagen der Elektrizitätswirtschaftlichen Kostenrechnung, Frankfurt/M. 1958.
- Römer: Steuerungsmöglichkeiten bei der Strompreisbemessung, Elektrizitätsanzeiger Nr. 17 vom 11.11.63.
- Röpke: Zwischenbilanz der europäischen Wirtschaftsintegration und kritische Nachlese, Ordo Bd. XI, 69 ff.
- Roser: Die Lage Westdeutschlands im europäischen Verbundnetz, ET 9. Jg. Heft 77, 158 ff.
- Rowedder: Die Mißbrauchstatbestände des Art. 86 EWGV, in: Aktuelle Probleme des Kartellrechts, Kartellrundschau, Heft 8, 247 ff.
- Rudolph: Durch die Röhre, FAZ 65, 73, 5.

- Rumpf: Abschlußfreiheit für Zusatz- und Reserveversorgung, EW 41, 120 ff.
- Runge: Die Zuständigkeitsvereinbarung im Rahmen der EGKS, AÖR 87 (1962), 467 ff.
- Ruscher: Aktuelle Rechtsfragen zur Anschluß- und Versorgungspflicht, EW 52, 97 ff.
- Ruzek: Die Bedeutung der Tatbestände der §§ 22, 26 und 104 GWB für die öffentliche Energieversorgung, EW 59, 621.
- Ruzek: Stromversorgung und Kartellgesetzgebung, VW 52, 61 ff.
- Safferling: Kartellrecht in Frankreich, WuW 62, 661 ff.
- Sardemann: Die Einspeisung der Industrie-Eigenanlagen in das öffentliche Netz, EW 59, 21 ff.
- Sarnighausen: Der Mißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen. Versuch einer Begriffsanalyse, Dissertation, Göttingen 1961.
- Saulgeot: Le régime juridique et administratif de l'industrie électrique, Revue française de l'Energie, n^o 134, 1961, 55 ff.
- Schaar: Das Rechtsverhältnis der Elektrizitätswerke zu ihren Stromabnehmern, Erfurt 1931.
- Schack: Das rechtliche Wesen der wegerechtlichen Sondernutzung nach altem und neuem Recht, VerwArch 63, 43 ff.
- Schack: Enteignung öffentlicher Wege zugunsten von Versorgungsunternehmen, NJW 63, 1905 ff.
- Schemann: Preisgleitklauseln in der Elektrizitätswirtschaft, Dissertation, Essen 1961.
- Schenk: Monopolstellung und Kontrahierungszwang, Dissertation, Münster 1940.
- Scherzer: Zur Frage des Monopolcharakters der Elektrizitätswerke, ET 8. Jg., 70 ff.
- Scheuten: Das Europäische Kartellrecht aus der Sicht der deutschen Versorgungswirtschaft, ET 62, 123 ff.
- Schilling: Der Vertrag zur Gründung der EWG und die staatlichen Handelsmonopole, DB 61, 697 ff.

- Schlieder: Die Anwendung der Art. 85 und 86 EWGV nach dem Erlaß der 1. DVO, BB 62, 305 ff.
- Schlochauer: Die extraterritoriale Wirkung von Hoheitsakten nach dem öffentlichen Recht der Bundesrepublik Deutschland und nach internationalem Recht, 1962, Frankfurt/Main.
- Schlochauer: Das Verhältnis des Rechts der EWG zu den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, Archiv des Völkerrechts, Bd. 11, 1 ff.
- Schmalz: Monopolkontrolle bei Energieversorgungsunternehmen, FAZ 62, 25, 11.
- Schmidt, J.: Relevanter Markt, Marktbeherrschung und Mißbrauch, in: § 22 GWB und Art. 86 EWGV, WuW 65, 453 ff.
- Schmidt, J.: Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 63, 97 ff.
- Schmidt/Huth: Das GWB und die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand in materiell- und verfahrensrechtlicher Hinsicht, BB 64, 1106 ff.
- Schmitz, G.: Wettbewerbsbegriff im Kartellgesetz, WuW 62, 159 ff.
- Schmitz, W.: Das Recht der Energiewirtschaft im Ausland (Westeuropa), München 1953.
- Schober: Württembergische Eigenkraftanlagen in Zusammenarbeit mit der öffentlichen Stromversorgung, Energie, 1961, 122 ff.
- Schoenauer: Das Wettbewerbsgesetz und seine Bedeutung für die Energiewirtschaft, GWF 58, 397.
- Schoenauer: Marktprozesse in der öffentlichen Energiewirtschaft und deren volkswirtschaftliche Beurteilung, Köln-Opladen 1963 (zitiert: Marktprozesse).
- Schuler: Regionale Elektrizitätswirtschaft und Raumordnung, Köln, Berlin, Bonn, München 1962 (zitiert: Raumordnung).
- Schuler: Daseinsvorsorge und die Wirtschaft der Gemeinden, ET, 8. Jg., 148.
- Schüler-Springorum: Anwendungsbereich und gegenseitige Abgrenzung der §§ 22, 26 und 104 GWB für die Energiewirtschaft, EW 59, 205 ff.

Schüler-Springorum: Tarifgerechtigkeit, EW 59, 534 ff.

Schumacher: Das Verfahren zur Durchführung der Art. 85 und 86 des EWG-Vertrages, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Bd. I, 347 ff., Karlsruhe 1961.

Schumacher: Die Bedeutung der Art. 85, 86 EWG-Vertrag für die deutsche Energiewirtschaft, in: Aktuelle Fragen des Energierechts, Bonn 1963, 26 ff. (zitiert: Bedeutung).

Schütz: Mißbrauch von Machtstellungen, NJW 58, 1849 ff.

Schwartz: Deutsches Internationales Kartellrecht, Köln, Berlin, Bonn und München 1962.

Schwarz (Bankhaus): Aufbau und Entwicklungsmöglichkeiten der europäischen Elektrizitätswirtschaft, Berlin 1928.

Sennewald: Kartelle und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen in Frankreich, Karlsruhe 1964.

Siebert: Verwirklichung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.

Solling: Zur Intensivierung der Stromerzeugung, ET 7. Jg., 1 ff.

Solling: In welchem Ausmaß ist bei den Energieversorgungsunternehmen ein Monopolcharakter vorhanden? ET 58/59, 8 ff und 98.

Sölter: Die Ausnahmevorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, WuW 61, 665 ff.

Sölter: Das Rabattkartell, Düsseldorf 1955.

Soergel/Siebert: Kommentar zum BGB, Bd. I, allg. Teil - Recht der Schuldverhältnisse, Stuttgart 1959.

Spengler: Abgrenzung zwischen dem GWB und den "Vorschriften für Unternehmen" im EWG-Vertrag, WuW 58, 73 ff. 461 ff.

Spengler: Die Wettbewerbsregeln der EWG, BD I, Drs. Nr. 46, 33.

Spengler: Die Vertragsbestimmungen über die Wettbewerbsregeln ("Vorschriften für Unternehmer") im Gemeinsamen Markt, DB 59, 75.

Spengler: Das marktbeherrschende Unternehmen im EWG-Vertrag, WuW 61, 509 ff.

- Spengler: Der Diskriminierungstatbestand in der Rechtsprechung des BGH und in der Amtspraxis des Bundeskartellamtes, WuW 63, 1 ff.
- Sprung: Die Bestimmungen über die Beseitigung von Verzerrungen des Wettbewerbs im EWG-Vertrag, Finanzarchiv n. F. Bd. 20, 1959.
- Staub: Kommentar zum HGB, Bd. III, 2. Auflage, Berlin 1963.
- Staudinger/Brandel/Coing: Kommentar zum BGB, Bd. I, allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 57.
- Stech: Der sogenannte vertragslose Zustand im Energierecht, Köln-Marienburg 1955.
- Steindorff: Das Wettbewerbsrecht der EWG und das nationale Recht, in: Kartelle und Monopole im modernen Recht, Frankfurt/M., 1961, 157 ff.
- Storck: Der Wettbewerbsbegriff in der Energiewirtschaft, VW 52 Beilage zu Nr. 46, 39 ff.
- Strahinger: Monopol und Macht im Stromgeschäft, EW, 1959, Sonderausgabe, 13.
- Strahinger: Sind die Strompreise Monopolpreise? Bemerkungen zu einem in seiner Bedeutung überschätzten Problem HB 62, 93, 13.
- Strahinger: Durchleitung von elektrischem Strom, EW 63, 25 ff.
- Stumpf: Zur Monopolstellung der Elektrizitätsversorgungsunternehmen, Kommunalwirtschaft 63, 60 ff.
- Summerer: Lauterkeit des Wettbewerbs und Preisdiskriminierung in der Marktwirtschaft, WuW 58, 30 ff.
- Tchernoff: Les ententes économiques et financières, Paris 1933 (supplément 37).
- Themaat, van: Gedanken zur Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt, WuW 63, 555 ff.
- Tessin: Gruppenausnahmen im EWG-Kartellrecht für Alleinvertriebs- und Lizenzverträge, AWD 65, 54.
- Thomas: Konkurrent oder Partner? ZfK 61, 81, 1 f.
- Toutée: Les ententes professionnelles, Paris 1960.

- Turegg: Öffentlich-rechtliche Genehmigung für Energieversorgungsunternehmen, NJW 54, 861 ff.
- Turegg/Kraus: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Auflage, Berlin 1962.
- Vedel: Le Statut des producteurs autonomes d'énergie électrique. Nature de l'intervention du Ministre fixant les conditions tarifaires de l'achat de l'énergie par EDF, CJ 60, n° 121, 1 ff.
- Vetter: Der Demarkationsvertrag im Gefüge der in der Versorgungswirtschaft üblichen Verträge, EW 63, 645 ff.
- VDEW: Die Freigabe der Preisänderungs- und Blindstromklauseln (Auslegung und Handhabung der VO PR 18/52 v. 26.3.1952), 2. Auflage, Frankfurt/Main 1952.
- VIK-Bericht Nr. 81: Vergleich der gesetzlichen Regelung der industriellen Eigenerzeuger von elektrischer Energie in Westeuropa.
- VIK: Grundsätze der Preisbildung für Industriestrom in den Ländern der EWG, VIK-Bericht Nr. 134, Essen 1963.
- Vogel: Konzentration führt zur Verstaatlichung, ZfK 61, Nr. 91.
- Vos: Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft, ET 63, 326 ff.
- Walline: Traité élémentaire de droit administratif, Paris 1951.
- Walther: Unter welchen Voraussetzungen ist die Drohung eines Unternehmens mit dem Abbruch der Geschäftsverbindung rechtswidrig? WRP 57, 97 ff.
- Wegerhoff: Die Wettbewerbswirtschaft der französischen Wirtschaft, Dissertation, Köln 1961.
- Weicker: "Musterverträge" für die Stromeinspeisung von Kleinkraftwerken, Das Wassertriebwerk 60, 34 ff., 44 ff., 52 ff.
- Wessels: Marktfragen in der öffentlichen Energiewirtschaft, VW 57 Beil. Nr. 36 v. 7.9.1957
- Wessels: Die Stellung der Energiewirtschaft in der Wettbewerbswirtschaft, in: Die Energiewirtschaft im Wettbewerb, München 1959, 42 ff. (zitiert: Die Stellung der Energiewirtschaft).
- Wessels: Bemerkungen zum Begriff des Monopolmißbrauchs, ZStW Bd. 115, 529 ff.

- Wessels: Neuere Preisbildungsprinzipien in der Energiewirtschaft, Tagungsberichte des Energiewirtschaftlichen Institutes der Universität Köln, Heft 8, 23 ff.
- Wildanger/Müller: Das privatrechtliche Diskriminierungsverbot im EWGV, in: Kartelle Probleme des EWG-Kartellrechts, Kartellrundschau Heft 8, 111 ff.
- Willers: Die Rechtsnatur der Stromverteilungsanlage, Stuttgart 1960.
- Wimpfheimer: Der Kontrahierungszwang für Monopole, Kartellrundschau 29, 1 ff.
- Wimpfheimer: Zur Frage des Kontrahierungszwanges, Kartellrundschau 29, 511 ff.
- Wirth: Das Wegerecht für Energieleitungen, in: Beiträge zum Energierecht, Essen 1959, 219 ff.
- Wolfarth/Everling/ Glaesner/Sprung: Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum EWG-Vertrag, Berlin und Frankfurt/Main 1960 (zitiert: WEGS).
- Wolf: Zum Kartellrecht der EWG, WuW 62, 645 ff.
- Wolff: Verwaltungsrecht, Bd. I, 5. Auflage, München und Berlin 1963, Bd. II, 1. Auflage, München und Berlin 1962.
- Würdinger: Probleme der Auslegung des Art. 37 EWG-Vertrag betreffend die Handelsmonopole, WuW 65, 265 ff.
- Wyler: Zulassungszwang, Kontrahierungszwang, Stromsperre, Erfurt 1931.
- Zeitler: Diskriminierung, Diskriminierungsverbot, Nichtdiskriminierungsverträge unter wirtschaftlicher Sicht, WuW 60, 81 ff.
- Zeitler: Die Wettbewerbsverfälschung - ein Spezialfall der Wettbewerbsbeschränkung? WuW 63, 477 ff.
- Zerr: Der Begriff der Diskriminierung im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, Dissertation, Heidelberg 1961.

- Die Autoren werden nur mit den jeweiligen Seitenzahlen zitiert, sofern im Literaturverzeichnis nicht mehrere Werke eines Autors aufgeführt sind. In diesen Fällen wird die jeweils angegebene Zitierweise oder die Fundstelle angegeben.

Bei dem Nachweis von Fundstellen in Zeitungen bedeuten die ersten Zahlen die Jahrgänge, die zweiten die Jahresnummer und die dritten oder letzten die Seitenzahlen. -

ABKÜRZUNGEN

A = Anm.	Anmerkung
aa	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
a. E.	am Ende
a. F.	alter Fassung
aff.	affaire
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht
AkadZ	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
AllgA	Allgemeine Ansicht
Anm = A	Anmerkung
AO	Anordnung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
AÖR	Archiv für öffentliches Recht
ArchPrax	Archiv für civilistische Praxis
arr	arrêté
Art., art	Artikel, article
Aufl.	Auflage
AusldT	Auslandsteil
AVB	Allgemeine Versorgungsbedingungen
AVÖR	Archiv des Völkerrechts
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAnz	Bundesanzeiger
Bayer	Bayerisch, e, er, es
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BD	Bordier/Deglaire
BDI	Bundesverband der deutschen Industrie (Bund Deutscher Ingenieure)
Beil.	Beilage
Ber.	Bericht
Beschl.	Beschluß
BEV	Bergbau- Elektrizitätsverbund-Gesellschaft
BFernStrG	Bundesfernstraßengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Bundesgerichtshof-Entscheidungen
BKartA	Bundeskartellamt
BR	Bundesrepublik
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des BVerwG
BWM	Bundeswirtschaftsminister, -ministerium
bzw.	beziehungsweise
CA	Cour d' Appel
Cass, C. d. C.	Cour de Cassation
CE	Conseil d' Etat
CECA = EGKS = MU	Montanunion, Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
CEE = EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Chr	Chronique
circ	circulaire
CJ	Chahiers Juridiques de l' Electricité et du Gaz
CNR	Compagnie nationale du Rhône
CSR	Centrale Siderurgique de Richemont
D	Recueil Dalloz
DA	Recueil analytique Dalloz
DB	Der Betrieb
Décr	Décret, Dekret
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DH	Recueil hebdomadaire Dalloz
d. h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DMR	Darge/Melchinger/Rumpf
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
doc	document
DP	Recueil périodique et critique Dalloz
Drs	Drucksache
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung

EDF	Electricité de France
EG BGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGKS = MU CECA	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
Einl.	Einleitung
El, el	Elektrizitäts-, elektrizitäts-, elektrisch, e, er
ELV, ELVU	Elektrizitätsversorgung, -Unternehmen
EnG	Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft
ER	Eiser/Riederer
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen
EurGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EurGHE	Sammlung der Entscheidungen des EurGH
evtl.	eventuell
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EW	Elektrizitätswirtschaft (Zeitschrift)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	EWG-Vertrag
f, ff	und folgende, und für die folgenden
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDES	Fonds de développement économique et social
FIPACE	Fédération Internationale des Producteurs Autocon- sommateurs Industriels d'Electricité
FischersZ	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht
FDC	Federal Power Commission
Fußn.	Fußnote
G	Gesetz
GDF	Gaz de France
GebVU	Gebietsversorgungsunternehmen
GemKo	Gemeinschaftskommentar (Müller-Henneberg- Schwartz)
GG	Grundgesetz
GM	Gemeinsamer Markt
GO	Gemeindeordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GVO	Gesetzesverordnung
GWF	Gas und Wasserfach
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hdbuch	Handbuch für die Europäische Wirtschaft
hess	hessisch, e, er, es

XLV

hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
HT	Hochtarif
i. d. F.	in der Fassung
iEer	industrieller Eigenerzeuger
i. e. S.	im engeren Sinne
i. f.	im folgenden
IK	Industriekurier
i. R.	im Rahmen
i. S.	im Sinne
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
JCP	Juris Classeur Périodique
Jg.	Jahrgang
JO	Journal officiel
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristische Zeitung
KG	Kammergericht
Ko	Kommentar
KonkTrW	Konkurs- und Treuhandwesen
kW	Kilowatt (elektrische Leistungseinheit)
kWh	Kilowattstunde (elektrische Arbeitseinheit)
KStZ	Kommunale Steuerzeitung
LCSt	Ludwig/Cordt/Stech
LG	Landgericht
LH	Lastenheft
LHM	Lastenheftmuster
lit	Buchstabe
LKartB	Landeskartellbehörde
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MA	Markenartikel
m. a. W.	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Min	Minister, Ministerium
Mrd	Milliarde
MRG	Militärregierungsgesetz

XLVI

MU	Montanunion
MUV	Montanunionsvertrag
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NF	Nouveau Franc
n. F.	neuer Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NT	Niedertarif
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.	oben
OLG	Oberlandesgericht
Ord.	Ordonnanz, ordonnance
OVG	Oberverwaltungsgericht
öVU	öffentliches Versorgungsunternehmen
p. d. v.	permission de voirie
Pr.	Praxis
ProVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RAnz	Reichsanzeiger
RBeil	Rechtsbeilage
Rdnr.	Randnummer
RegEntw	Regierungsentwurf
Rec	Recueil
Res.	Reserve
Rev. trim. dr. com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGRK	Reichsgerichtsräte-Kommentar
RGZ	Sammlung der Reichsgerichtsentscheidungen
RSpr	Rechtsprechung
RVerwBl	Reichsverwaltungsblatt
RWE	Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG
RWM	Reichswirtschaftsminister, -ministerium
s.	siehe
S.	Seite, Siehe
SA	Société anonyme
S. a. r. l.	Société à responsabilité limitée

XLVII

SdD	Service de Distribution
SICAE	Société d'intérêt collectif agricole concessionnaires d'électricité
SN	Service National
Sté	Société
trib.	tribunal
u.	unten
U	Urteil
u. a.	unter anderem
u. ä.	und ähnliches
UCPTE	Union pour la Coordination de la Production et du Transport d'Energie électrique
USE	Union Siderurgique de l'Energie
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	vom
V	Versorgung, Volt
VA	Voltampère
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke e. V.
VEW	Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG
VGeb	Versorgungsgebiet
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VIK	Vereinigung Industrielle Kraftwirtschaft
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VSA	Vereinigte Staaten von Amerika
VU	Versorgungsunternehmen
VW	Der Volkswirt
WEGS	Wohlfarth/Everling/Glaesner/Sprung
WiGB1	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
WM	Minister für Wirtschaft und Verkehr (der Länder)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuR	Wirtschaft und Recht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	Entscheidungssammlung des WuW

XLVIII

z. B.	zum Beispiel
ZfK	Zeitung für die Kommunalwirtschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZöW	Zeitschrift für öffentliche Wirtschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Zus	Zusatz
z. Zt.	zur Zeit

EINFÜHRUNG

Die vorliegende Untersuchung befaßt sich mit dem allgemeinen Problem der rechtlichen Bindung der Marktmacht in einem der wirtschaftlichen Sonderbereiche, welche in den §§ 98 ff. GWB z. T. eine von den übrigen Wirtschaftszweigen abweichende Behandlung erfahren haben. Da diese durch die volkswirtschaftliche Bedeutung, die technischen, wirtschaftlichen und wettbewerblichen Verhältnisse der betreffenden Wirtschaftszweige bedingt ist, werden zunächst, nach einer kurzen Darstellung der wichtigsten Begriffe und des Rechtsproblems, die bedeutsamsten vorjuristischen Gegebenheiten behandelt werden.

I. DER UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND

1. Begriffe

Die Elektrizitätswirtschaft ¹⁾, wie die Gas- und Wasserwirtschaft ein Zweig der sog. Versorgungswirtschaft, stellt einen Teilbereich der Energiewirtschaft dar, welche die gesamte Tätigkeit, d. h. die Erzeugung und den Vertrieb bzw. den Transport und die Verteilung von Energieträgern bis zum Endverbraucher umfaßt. Energieträger sind neben el. Energie Kohle, Öle, Gase, Wärmeträger, Energiestrahlen und Medien potentieller und kinetischer Energie (z. B. gestautes oder Laufwasser) aller Art, wobei zwischen sog. primären und sekundären (veredelten) unterschieden wird. Zu den ersteren gehört beispielsweise die Kohle, zu den letzteren insbesondere die elektrische Energie, welche regelmäßig erst durch die Verstromung primärer Energieträger gewonnen wird.

Unter Elektrizitätswirtschaft sei i. f. der gesamte Bereich der Produktion leitungsgebundener el. Energie, deren Transport und Verteilung bis zum Letztverbraucher ²⁾ ohne Rücksicht auf die Rechtsform und Eigentumsverhältnisse der mit dieser Tätigkeit befaßten Unternehmen zu verstehen.

Bei den mit el. wirtschaftlicher Tätigkeit befaßten Unternehmen, kurz el. wirtschaftliche Unternehmen, sollen hier die Unternehmen der öffentlichen El. Versorgung ³⁾ und die selbsterzeugenden Industrieunternehmen unterschieden werden. Als Unternehmen der öffentlichen El. V, ö V U, sind alle rechtsfähigen und nichtrechtsfähigen Betriebe zu verstehen, welche als einziges oder doch als Hauptziel eine Tätigkeit auf dem Gebiet der öffentlichen ElV, d. h. der Stromversorgung anderer betreiben, so etwa ein rei-

nes Wärme- (thermisches), Wasser- (hydraulisches) oder Kern- (nukleares) Kraftwerk, ein reines Elektrizitätstransport - bzw. Verbundunternehmen, welches el. Energie von den Kraftwerken zu den regionalen oder örtlichen (kommunalen) El. Verteilern weiterleiten bzw. el. wirtschaftliche Unternehmen durch Freileitungen oder Kabel miteinander verbinden. Zu den ÖVU gehören neben diesen überregionalen Verteilern auch die regionalen und örtlichen El. Verteiler, welche den Strom ihrerseits innerhalb eines bestimmten Versorgungsgebietes direkt an Endverbraucher abgeben. (Gebietsversorgungsunternehmen=GebVU).

Bei den Endverbrauchern unterscheidet man Klein- oder Tarifabnehmer, welche regelmäßig mit Niederspannungsstrom versorgt werden, und die sog. Sonder- oder Großabnehmer, zu denen neben örtlichen GebVU die Industrieunternehmen ohne Rücksicht darauf zu zählen sind, ob sie el. Energie in Eigenanlagen erzeugen oder nicht. Die Sonderabnehmer werden je nach Nachfrage mit niedrig-, mittel- und hochgespannten Strom versorgt.

Die hier von den ÖVU unterschiedenen el. wirtschaftlichen Unternehmen sind diejenigen Industrieunternehmen, die die el. Energie nur im Nebenbetrieb und in erster Linie nicht wie die ÖVU erzeugen, um andere mit Strom zu beliefern. Sie wollen vielmehr entweder die bei verschiedenen industriellen Produktionsverfahren entstehende Überschuwärme oder -energie in wirtschaftlich den Kondensationskraftwerken der ÖVU überlegenen Gegendruck- und Vorschaltturbinen zur Energieveredelung ausnutzen oder nichtmarktfähige Abfallprodukte wie Abraumkohle, Gichtgas, Abgase der Petrochemie, aber auch Rest- und Laufwasser usw. durch Verstromung verwerten, um so ihre wirtschaftlichen Gesamtbilanzen zu verbessern bzw. als Industrieunternehmen überhaupt konkurrenzfähig zu bleiben (i. f. iEEr).

Soweit der bei hohem Nutzungsgrad erzeugte Strom den Eigenbedarf der Industrie übersteigt und als Überschußstrom an Dritte abgegeben wird, betreibt die Industrie unabhängig davon, ob diese Energie in das Leistungsnetz der ÖVU eingespeist oder direkt an Endabnehmer abgegeben wird, öffentliche Versorgung und steht insoweit den ÖVU gleich. Meist liefert der iEEr den Überschußstrom an dasjenige ÖVU, von welchem er die wegen der Lückenhaftigkeit seiner eigenen Grundversorgung für bestimmte Tages- und Jahreszeiten benötigte Reserve- und/oder Zusatz (Zus/ResV) bezieht.

ResV ist anzunehmen, wenn ein laufend durch Eigenanlagen gedeckter El. Bedarf bei Ausfall der Anlagen vorübergehend durch ein ÖVU befriedigt

wird.

ZusV liegt vor, wenn der El. Bedarf des iEer durch Eigenanlagen regelmäßig nur zu einem Teil selbst befriedigt wird und lediglich die restliche Versorgung durch ein öVU erfolgt.

Durch einerseits die Einspeisung des Überschußstroms und den Transport überschüssiger Energie über die Leitungen des oder der öVU zu getrennt liegenden Betriebsteilen des iEer oder an Dritte und andererseits die Zus/ResV wird die Anschlußleitung zwischen beiden Unternehmen in beiden Richtungen benutzt. Man spricht hier von Parallelverkehr.

Die diesem Parallelverkehr zugrunde liegenden einzelnen Verträge zwischen öVU und iEer sind Gegenstand unserer Untersuchung.

2. Problem und Bedeutung der aufgeworfenen Rechtsfragen

a) Das wirtschaftsordnungsrechtliche Problem

In den nationalen Energiebilanzen haben die iEer neben den öVU einen großen Anteil. Die wirtschaftlichste Zusammenarbeit, d. h. der leistungsgerechte El. Austausch, beider Unternehmensgruppen i. R. des Parallelverkehrs bestimmt daher nicht nur die Rentabilität industrieller Eigenanlagen, sondern die Wirtschaftlichkeit der Nutzung vorhandener Energiequellen und damit schlechthin der Produktivität der El. Wirtschaft. Sie ist daher von erheblicher volkswirtschaftlicher Bedeutung.

Aufgabe der vorliegenden Arbeit soll es nun sein, die Grenzen der Vertragsfreiheit der öVU und der iEer im Parallelverkehr, d. h. beim Abschluß von El. Lieferungs-, El. Bezugs- oder El. Transportverträgen zu untersuchen.⁴⁾

Wegen der außerjuristischen Gegebenheiten und der Besonderheiten der el. wirtschaftlichen Ordnung weicht dieses Problem sowohl in den Voraussetzungen als auch in der Ausgestaltung von der entsprechenden Fragestellung anderer rein privat- oder öffentlichrechtlich gestalteter Wirtschaftszweige ab. Dies ist in erster Linie darauf zurückzuführen, daß sich die Unternehmen der öffentlichen ElV und die iEer regelmäßig nicht als rechtlich und wirtschaftlich gleichgeartete und damit gleichberechtigte und wirtschaftlich gleich starke Vertragspartner gegenüberstehen.

Während die iEer als privatwirtschaftliche Unternehmen im wesentlichen dem Privatwirtschaftsrecht unterstellt sind und insofern jedem Unternehmen der freien Wirtschaft gleichstehen, legt das nationale El. Recht die öVU zum Teil in die öffentliche Hand oder sieht zumindest entsprechend den besonderen volkswirtschaftlichen und sozialen Bedürfnissen wie im Wirtschaftsrecht der übrigen Versorgungsbereiche weitreichende staatliche Eingriffs- und Kontrollrechte vor, um eine möglichst sichere und billige öffentliche ELV zu gewährleisten. Kein Staat kann die El. Wirtschaft vollständig der unternehmerischen Willkür einzelner Privatpersonen überlassen, weil damit - zumindest in Notzeiten - nicht die Gewähr für die vom öffentlichen Interesse geforderte sichere und billige ELV gegeben wäre.⁵⁾ In vielen Staaten wurde nicht zuletzt aus diesem Grunde die öffentliche ELV verstaatlicht bzw. nationalisiert⁶⁾ und so der privatwirtschaftlichen unternehmerischen Freiheit vollständig oder weitgehend entzogen. Auch in der BR wird vereinzelt die ELV als eine typisch hoheitliche Aufgabe der Gebietskörperschaften angesehen, welche schon aus diesem Grunde nicht dem Recht der Privatwirtschaft unterstehe. Häufig wird der El. Wirtschaft zumindest die Privatautonomie über den Abschluß und die Gestaltung von Lieferverträgen gegenüber den Verbrauchern entzogen oder beschränkt, um die sichere und billige Versorgung zu garantieren⁷⁾.

Aber auch aufgrund der technischen und betrieblichen Gegebenheiten der öffentlichen ELV hat die öffentliche Hand und damit auch das öffentliche Recht einen erheblichen Einfluß auf die El. Wirtschaft gewonnen. Die Leitungsverlegung auf öffentlichen Wegen ist von der Zustimmung öffentlicher Körperschaften abhängig. Die Leitungsnetze, welche erhebliche und nur langfristig amortisierbare Investitionen erfordern, müssen bei optimaler Linienführung und Verflechtung großräumig geplant und auch sozialpolitischen Gesichtspunkten gerecht werden, was die finanziellen Kräfte und wirtschaftlichen Interessen reiner Privatunternehmen oft überschreitet. Bei einzelnen Versorgungsgebieten kann auch mangels Rentabilität einer GebietsV der Anreiz für die Niederlassung eines nur am privaten Nutzen orientierten Privatunternehmens fehlen, so daß die öffentlichen Körperschaften i. R. ihrer Sozialpflichten ihrerseits die Versorgung durchzuführen haben. Dieselbe Frage entsteht z. B. auch dann, wenn ein bestehendes privatwirtschaftliches V. Unternehmen nicht in der Lage ist, eine sichere und preiswerte Versorgung zu gewährleisten.

Deshalb ist das nationale Recht der öffentlichen ELV regelmäßig - in mehr oder weniger erheblichem Umfang - Gegenstand öffentlichrechtlicher Vorschriften, welche insoweit privatrechtliche Regelungen verdrängen. Dies

gilt auch für die Marktordnung und die Regelung des etwa verbliebenen Wettbewerbs. Aus dem Ineinandergreifen öffentlichen und privaten Wirtschaftsrechtes entstehen bei der el. rechtlichen Wirtschaftsordnung für die Beantwortung konkreter Rechtsfragen häufig erhebliche Schwierigkeiten, zumal meist klare Abgrenzungen dieser Rechtsbereiche fehlen und die Auslegung der durch unbestimmte Rechtsbegriffe gekennzeichneten Tatbestände oft zusätzliche Probleme aufwirft. Zu den umstrittensten Fragen dieses Bereiches gehören die el. rechtlichen Regelungen und Grundsätze des Parallelverkehrs.

b) Die Bedeutung der aufgeworfenen Fragen

Diese Fragen haben vor allem durch die Reformpläne für die Energiewirtschaft im allgemeinen und der El. Wirtschaft im besonderen sowohl in der BR als auch in der EWG aktuelle Bedeutung gewonnen. Die Gegenüberstellung gerade des französischen, deutschen und EWG-Rechtes scheint am ehesten zu erlauben, die Bedeutung der angeschnittenen Fragen im Zusammenhang mit der gesamten El. Wirtschaftsordnung zu sehen und so der ihnen gemäßen, systemgerechten Lösung innerhalb einer neu geordneten nationalen und europäischen El. Wirtschaftsordnung zuzuführen.

Im deutschen El. Recht sind sie nur teilweise gesetzlich geregelt. Zudem fehlt ein systematischer Zusammenhang zwischen den einschlägigen Bestimmungen, welche aus verschiedenen Epochen mit unterschiedlichen wirtschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen stammen. Alle an der El. Wirtschaft beteiligten Kreise und die gesetzgebenden Organe, die sich in der BR schon seit Jahrzehnten über die Ergänzungs- und Reformbedürftigkeit des El. Rechts einig sind, sehen so neben der Marktaufteilung in dem Parallelverkehr eines der Hauptprobleme ⁸⁾.

Das französische El. Recht ist gegenüber dem deutschen Recht einheitlich und umfassend geregelt, wobei allerdings die wesentlichsten el. wirtschaftlichen Tätigkeiten verstaatlicht und ein sehr starkes öffentlichrechtliches Eingriffs- und Kontrollrecht geschaffen wurden. Es ist hier deshalb von Interesse, weil es wegen seiner straffen Reglementierung als Gegensatz zum westdeutschen Rechtszustand aufgefaßt werden kann und die Gegenüberstellung dieser beiden Rechtsordnungen im Hinblick auf die zukünftige gemeinsame Regelung im EWG-Raum *de lege ferenda* von größter Bedeutung ist.

Ein europäisches positiviertes el. wirtschaftliches Sonderrecht mit für unsere Fragen einschlägigen Bestimmungen fehlt noch. Seine Entwicklung hat zweifellos die Kompetenzaufsplitterung auf die drei Gemeinschaftsorgane der für die Kohle zuständigen Montanunion, der für die Atomenergie

zuständigen Euratom-Gemeinschaft und der für die übrigen Energieträger zuständigen EWG entgegengestanden, wenngleich interexekutive Konsultationen über die Methode zur Ordnung des Energiemarktes stattgefunden haben⁹. Es ist jedoch zweifelhaft, ob die vom Ministerrat am 3.3.1965 beschlossene Zusammenfassung mit Beginn des Jahres 1966 und die innerhalb zweier Jahre vorgesehene Verschmelzung der drei Verträge für die El. Wirtschaft schon eine vollständige Regelung bringt.

Im Rahmen der Neugestaltung des deutschen und europäischen Energierechts wird man die Gestaltung des el.rechtlichen Parallelverkehrs möglicherweise nicht isoliert betrachten können. Auch in anderen Bereichen der leistungsgebundenen Versorgungs- und Energiewirtschaft, wie z. B. in der Wasser-, Warmluft-, Gas- und Ölwirtschaft¹⁰) treten dieselben oder doch ähnliche Probleme im Verhältnis großer (Verbund-) Gesellschaften bzw. GebVU zu im selben Wirtschaftsbereich tätigen Einzelunternehmen, welche die betreffende Tätigkeit etwa nur nebenher betreiben, auf. Insofern wird eventuell eine einheitliche Regelung getroffen werden können, welche allerdings stets die technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten der einzelnen Wirtschaftszweige beachten muß.

Die folgenden Untersuchungen können daher teilweise auch für diese Wirtschaftsbereiche Bedeutung erlangen, wenngleich hier aus Gründen der Übersichtlichkeit lediglich die Bindung der Vertragsfreiheit im el.wirtschaftlichen Parallelverkehr behandelt werden soll, zumal diese wirtschaftlichen Beziehungen und das einschlägige Recht am klarsten ausgebildet bzw. positiviert worden sind¹¹).

II. DIE ALLGEMEINEN TECHNISCHEN UND WIRTSCHAFTLICHEN VERHÄLTNISSE DER ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFT UND DIE RECHTLICHEN PROBLEME DER KOORDINIERUNG VON ÖFFENTLICHER ELEKTRIZITÄTSVERSORGUNG UND INDUSTRIELLER EIGENERZEUGUNG

Vor allem die wirtschaftlichen und wettbewerblichen Gegebenheiten sind noch heute in der Wirtschaftswissenschaft teilweise umstritten. Deshalb soll die folgende Darstellung nicht nur einführen sondern auch dartun, auf welchen technischen Gegebenheiten und auf welcher wirtschaftlichen und wettbewerblichen Beurteilung dieser Umstände die folgenden rechtlichen Untersuchungen fußen.

1. Die Elektrizitätswirtschaft im allgemeinen

a) Die Bedeutung der Elektrizitätswirtschaft innerhalb der Gesamtwirtschaft

Die wirtschaftliche Tragweite der Rechtsfragen ergibt sich aus der volkswirtschaftlichen Bedeutung einer rationellen El. Wirtschaft.

aa) Die Bedeutung der Energiekosten in der industriellen Produktion

Der Kostenanteil der Energiewirtschaft (Kohle, Öl, Gas, Elektrizität usw.) an den Gesamtkosten der europäischen Industrieproduktion beträgt etwa 3 - 4 %. Es ist jedoch der Energieverbrauch für die Basiserzeugnisse und Halbfertigprodukte hinzuzurechnen, wodurch sich z. B. bei der Stahlindustrie 25 %, bei der NE-Metallindustrie 20 % und bei der metallverarbeitenden Industrie 10 - 15 % ergeben. Vor allem bei den energieintensiven Industrien fallen diese Kostenanteile derart ins Gewicht, daß sie die Kosten des Endproduktes und damit die Konkurrenzfähigkeit der betreffenden Industrien merklich beeinflussen ¹²⁾. Die Weigerung eines EWG-Mitgliedstaates, den eigenen Industrien die Vorteile einer billigen Energieversorgung zu gewähren, kann dazu führen, daß diese sich möglicherweise da ansiedeln werden, wo ihnen günstigere Bedingungen geboten werden. Jede kostenfremde Preismanipulation kann unwirtschaftliche industrielle Fehlinvestitionen großen Ausmaßes hervorrufen ¹³⁾.

bb) Der Anteil der Elektrizitätswirtschaft an der Energiewirtschaft

Der Anteil der Elektrizität an der Energiewirtschaft betrug 1962 in Deutschland lediglich 7,8 % gegenüber z. B. 21,1 % Kohle, 20 % Öl, 10 % Gas ¹⁴⁾.

Abgesehen von dem ständig wachsenden Anteil der Elektrizität an der gesamten Energiewirtschaft verbergen diese Zahlen auch die Bedeutung der Elektrizität als sekundären Energieträger und die dadurch bedingten besonderen Vorzüge bzw. die Unersetzlichkeit ihrer Verwendungsmöglichkeit gegenüber den Primärenergieträgern. Obwohl der Anteil der El. Wirtschaft an der gesamten Energiewirtschaft ständig von der Nachfrage, also von der industriellen Entwicklung und von den relativen Kosten (gegenüber den konkurrierenden Primärenergieträgern) abhängig ist, dürfte insgesamt die Entwicklung der El. Wirtschaft auch wesentlich konjunktur- und kostenunemp-

findlicher sein als z. B. die Kohle- oder Ölwirtschaft ¹⁵⁾.

cc) Die zivilisatorische Bedeutung der Elektrizitätswirtschaft

Der energiewirtschaftliche Anteil der El. Wirtschaft wird ihrer wahren Bedeutung vor allem deshalb nicht gerecht, weil sie in wirtschaftlichen Einzelbereichen unersetzbar ist und gerade dort für die moderne Industriegesellschaft wichtigste Funktionen ermöglicht, so etwa im gesamten Nachrichtenwesen und der Regeltechnik, sei es in der Industrie, im Gewerbe, in der Medizin. Man könnte die el. Energie deshalb als ausschließliche "Gehirn- und Nervenahrung" der heutigen zivilisatorischen Organisation bezeichnen, deren Ausfall den Zusammenbruch derselben zur Folge hätte. Die ElV ist keine Frage des Lebensstandards sondern eine Existenzfrage. Ihre weitere Entwicklung ist noch nicht abzusehen.

Mit der Abhängigkeit von der Elektrizität steigen auch die Ansprüche an ihre Preiswürdigkeit und Qualität.

b) Die technischen und betrieblichen Besonderheiten der Elektrizitätswirtschaft

Die El. Wirtschaft hat von jeher eine rechtliche Sonderstellung gegenüber den anderen Wirtschaftszweigen beansprucht und dabei vor allem immer wieder auf folgende technische und betriebliche Besonderheiten hingewiesen:

aa) Die Leitungsgebundenheit

Die Leitungsgebundenheit der el. Energie erfordert ein von der El. Wirtschaft auszubauendes Leitungsnetz zu den Abnehmern, auf welches 70 % der ElV-Kosten entfallen ¹⁶⁾. Wirtschaftlich liegt die El. Wirtschaft durch die Leitungsverlegung mit ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit fest. Sie ist gegenüber ihrem Kundenkreis sehr unelastisch und kann kurzfristigen Marktänderungen keine Rechnung tragen. Es besteht so ein besonders hohes und langfristiges Sicherheitsbedürfnis hinsichtlich des durch das Leitungsnetz angeschlossenen Abnehmerkreises. Die Leitungsverlegung scheint kaufmännisch nur vertretbar, wenn das Risiko der Abnahme für die Dauer der Abschreibung der Anlagekosten minimal ist. Zum anderen entstehen umso geringere Leitungsverluste und eine umso bessere Kapitalausnutzung, je dichter die Verbraucheranschlüsse am Leitungsnetz liegen ¹⁷⁾. In der Regel ist daher die beste Ausnutzung der Netzanlagen gegeben, wenn das el. wirtschaftliche Unternehmen innerhalb seines möglichst konzentrisch gelegenen V. Gebietes das einzige ist. Das vermeidet nicht nur unnötige Zuleitungen zum V. Gebiet, sondern auch

unnötige Leitungsverluste. In der Regel erreichen diese Verluste einen derartigen Umfang, daß nach dem derzeitigen Stand der Technik eine wirtschaftliche Versorgung über eine Entfernung von mehr als 100 km, äußerstenfalls von 1000 km nicht möglich ist¹⁸⁾. Ein weiterer Vorteil der geschlossenen V. Gebiete liegt darin, einen gut durchmischten Abnehmerkreis zu versorgen, dessen Nachfrage (z. B. von Industrie und Haushalt) einen gewissen Ausgleich in der täglichen Nachfragekurve bewirken. Die ELV kann gegenüber einem festen Abnehmerkreis auch besser berechnet werden. Das Sicherungsbedürfnis der el. wirtschaftlichen Unternehmen hat fast überall zu einer ausschließlichen GebietsV geführt. Auf Grund der Aufteilung in V. - Gebiete steht den Abnehmern regelmäßig nur ein Anbieter gegenüber, zumal die Verlegung einer Parallelleitung in ein bereits versorgtes Gebiet meist unrentabel ist, sofern es sich nicht um die Versorgung von Großabnehmern handelt.

Die hohen Leitungsinvestitionen veranlassen im allgemeinen die el. wirtschaftlichen Unternehmen, durch entsprechende Maßnahmen eine für sie vorteilhafte Verbrauchssteigerung zu fördern, insbesondere großen Wert auf die Vergrößerung der Nutzungsdauer¹⁹⁾ zu legen, welche mit steigender Nachfrage wächst²⁰⁾.

bb) Die Speicherungsunfähigkeit

Da die el. Energie nur in sehr begrenzt erstellbaren Pumpspeicherwerken indirekt gespeichert werden kann, muß sie praktisch als speicherungsunfähig bezeichnet werden. Die Erzeugung und der Verbrauch el. Energie muß daher gleichzeitig erfolgen, obwohl die Nachfrage der Abnehmer nicht mit Sicherheit vorausbestimmt werden kann. Die Nachfrage unterliegt täglichem wöchentlichen, monatlichen und jährlichen Schwankungen. Die Kraftwerke, welche auf maximale Belastungen und auf zukünftige Nachfragesteigerungen ausgelegt sein müssen, werden deshalb nur sehr unvollkommen und zu jeder Zeit in anderem Umfange ausgenutzt. Außerdem kann die Energieerzeugung nicht den kurzfristigen Veränderungen der Nachfragebelastung völlig angepasst werden. Die Notwendigkeit, eine Überkapazität zu schaffen, und Energieüberschuß zu erzeugen, bedingen einen entsprechend niedrigen und jeweils verschiedenen Nutzungsgrad der Anlagen und damit des Kapitals. Je nach dem Zeitpunkt der Nachfrage sind somit die Kosten für eine Kilowattstunde (kWh) verschieden. Deshalb wird nach (niedrigeren) Sommer- und (höheren) Wintertarifen, nach (höheren) Tages- und (niedrigeren) Nachtstromtarifen, nach Hoch- und Höchstbelastungsstunden morgens, mittags und abends differenziert. Diese Tarife enthalten häufig neben dem Kostenpreislelement

noch absatzpolitische Komponente, um einen Ausgleich zwischen den einzelnen Lastzeiten zu erreichen und so zusätzlich eine bessere Nutzung der Erzeugungs- und Verteilungsanlagen herbeizuführen. Die el. wirtschaftlichen Unternehmen müssen weiterhin daran interessiert sein, einen in den Abnahmbedingungen (Klemmeigenschaften) möglichst heterogenen Abnehmerkreis zu haben (z. B. Industrie, Gewerbe und Haushalt), welcher die größten Nachfrageschwankungen verhindert ²¹).

Auch die Speicherungsunfähigkeit veranlaßt also die el. wirtschaftlichen Unternehmen, einen möglichst großen Abnehmerkreis mit möglichst intensiver Nachfrage und großer Benutzungsdauer zu suchen, um durch die gleichmäßigere und relativ dauerhaftere Nachfrage eine bessere Ausnutzung der installierten Anlagen erreichen zu können.

cc) Die Verbundleitungen

Die Verbundleitungen bieten aufgrund der Leitungsgebundenheit und Speicherungsunfähigkeit der el. Energie besondere Vorteile, so den bereits erwähnten Belastungsausgleich (load diversity), welcher z. B. den Unterschied zwischen Belastungsspitzen vorwiegend städtischer und vorwiegend ländlicher Versorgung nutzt, um die Belastungsmaxima beider V. Systeme ebenso wie die Res.haltung zu verringern. Der Verbund erlaubt ferner eine Leistungshilfe im Notfall (emergency service) bei Maschinenschäden, Naturereignissen, Betriebsstoffmängel, Streiks oder aus sonstigen Gründen eine gegenseitige Aushilfe, wobei die notwendige Res.haltung umso geringer wird je mehr Unternehmen untereinander im Verbund stehen. Vorteilhaft ist auch die dadurch ermöglichte Festleistung (firm power), d. h. die Vereinbarung zwischen im Verbundbetrieb arbeitenden Gesellschaften über die Errichtung oder den Ausbau von Kraftwerken größerer Einheitsleistung für den zukünftigen Bedarfszuwachs, wobei jeder der angeschlossenen el. wirtschaftlichen Unternehmen von den neuerrichteten Kraftwerken Strom zu Selbstkosten erwerben kann. Diese Abreden ermöglichen den Bau von dem Belastungszuwachs einzelner V. - Gebiete unabhängiger größerer und damit wirtschaftlicher Maschineneinheiten und einen wirtschaftlichen Ausgleich zwischen Wärme-, Laufwasser- und Speicherwasserkraftwerken. Ebenso günstig ist der durch den Verbund ermöglichte Speicherausgleich (storage power), für welchen überschüssige Energie eines Systems während belastungsschwacher Zeiten zur Aufspeicherung bzw. Bereitstellung von Leistung (kW) für Belastungsspitzen in einem anderen V. Gebiet ausgenutzt wird. Durch den Verbund kann auch ein wirtschaftlicher Stromaustausch (economy flow) vorgenommen werden, durch welchen die Belastungsdeckung einer Gesellschaft, welche über weniger wirtschaft-

liche Kraftwerke verfügt, mit billigerem Strom der Nachbargesellschaften erfolgt. Hierdurch es es möglich, in einem Verbundbetriebe immer die wirtschaftlichsten Kraftwerke der angeschlossenen Unternehmen in erster Linie zur Deckung der laufend benötigten Grundlast heranzuziehen, und die weniger wirtschaftlich arbeitenden, meist älteren Anlagen nur für kurzzeitige Spitzen- oder Starklastzeiten vorzubehalten ²²⁾. Diese Verbundleitungen können schließlich auch innerhalb des eigenen V. Gebietes verwandt werden (intra company use), was insofern die Errichtung eigener Leitungen entbehrlich macht. Ein weiterer Vorteil des Verbundes liegt in der Möglichkeit, ungesicherten Überschußstrom zu "veredeln". Untersuchungen ²³ haben ergeben, daß bei einer Vielzahl von Lieferungen ungesicherten Überschußstromes eine gleichmäßige, gesicherte Leistung von 47 bis 52 % der Summe des Höchstangebotes aller angeschlossenen Betriebe gewonnen werden. Diese garantierte, veredelte Energie hat bei der öffentlichen ELV einen ungleich höheren Wert als nicht gesicherte Leistung, weil diese nicht im Fahrplan eingesetzt werden kann und somit keine echten Leistungsersparnisse ermöglicht.

Das Ausmaß des Verbundes ist nicht etwa durch die wirtschaftlich beschränkte Transportfähigkeit des Stroms eingengt. So erfolgte z. B. ein stufenweiser Stromtransport von Österreich über deutsche Leitungen nach Holland in der Weise, daß das österreichische Werk das Bayernwerk belieferte und die RWE, sonst Lieferant des Bayernwerkes, stattdessen nach Holland lieferte. Soweit ein Stromtransport nicht nur eine Umorientierung des zwischenbetrieblichen Energieaustausches ist, sondern ein echter Transport über längere Strecken, ist die wirtschaftliche Reichweite, wie bereits festgestellt, jedoch recht begrenzt.

Der Verbundbetrieb erfordert eine gemeinsame (dispatching) Zentrale mit einem sogenannten Lastverteiler, welcher die Fahrpläne der einzelnen el. wirtschaftlichen Unternehmen koordiniert ²⁴⁾. Die Vorteile des modernen Verbundverkehrs haben eine derartige wirtschaftliche Bedeutung, daß die einzelnen Unternehmen ohne diesen nicht mehr konkurrenzfähig wären. In Deutschland ist daher schon lange die "Inselversorgung" aufgegeben worden und fast jedes Unternehmen einer Verbundschiene angeschlossen worden ²⁵⁾.

dd) Die Kapitalintensität

Der Kapitalumschlag dauert in der El. Wirtschaft 2 - 4 Jahre, während dieser in anderen Wirtschaftszweigen mehrmals im Jahre erfolgt ²⁶⁾. Die Festkosten bei Wasserkraftwerken betragen 90 %, bei Wärmekraftwerken

45 % und bei der El. Verteilung 75 % der Gesamtkosten ²⁷⁾. Die schlechte Kapazitätsausnutzung sowie das erforderliche hohe Anlagenvermögen (82,4 % der Bilanzsumme ²⁸⁾) erfordert bei einer Benutzungsdauer der Anlagen von durchschnittlich 18 Jahren ²⁹⁾ eine entsprechend lange Abschreibungszeit und damit für diese Zeitspanne auch eine gesicherte Ausnutzung innerhalb des V.Gebietes ³⁰⁾.

Die El. Wirtschaft gehört jedoch zu den ausgesprochenen Wachstumswirtschaften, in welcher mit großer Wahrscheinlichkeit innerhalb von 10 Jahren eine Verdoppelung der Nachfrage eintreten wird. Deshalb ist hier das kaufmännische Risiko entsprechend geringer und die Absatzempfindlichkeit nicht so gravierend. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die ständig wachsende Nachfrage eine ebenso stetige Ausnutzungsverbesserung der Anlagen mit sich bringt. Auch die technische Entwicklung hat das ihre zur Kostenverringering beigetragen ³¹⁾. Die Kapitalintensität der El. Wirtschaft ist deshalb heute keinesfalls mehr als einzigartig zu betrachten ³²⁾. Inwieweit aus diesem Grunde eine Sonderbehandlung der El. Wirtschaft im Wirtschaftsrecht gerechtfertigt ist, mag daher zweifelhaft sein ³³⁾.

c) Der energetische Wettbewerb

Unabhängig von der nationalrechtlichen Organisation der El. Wirtschaft kann sie in verschiedene Teilmärkte aufgegliedert werden, auf welchen sie mit den anderen Energieträgern in verschieden starkem Maße in Konkurrenz treten. Bis auf wenige Ausnahmen (Elektronik, Nachrichtenwesen, Hochfrequenztechnik, Industrielle Elektrolyse) besteht auf diesen Märkten kein Bedarf nach bestimmten Energieträgern, sondern nach den einzelnen Nutzenergien Licht, Kraft und Wärme aber auch Schall. Der Anteil für diese beträgt (ohne Schall) in der BR jeweils 1/2 pro mille, 12 - 13 % und 87 - 88 % ³⁴⁾. Auf den Märkten dieser Nutzenergien zeigen sich vielfach Übergangsformen zwischen den Extremen Monopol und freiem Wettbewerb, Polypol, Teiloligopol, Oligopol und Teilmonopol. Die El. Wirtschaft tritt auf allen diesen Nutzenenergiemärkten als Anbieter auf (die prozentuale Aufteilung der El. Erzeugung beträgt 12 % für Licht, 40 % für Kraft und 48 % für Wärme) ³⁵⁾. Auf allen diesen Märkten muß die Substitutionskonkurrenz der Energieträger beachtet werden, welche jedoch immer durch die Vor- und Nachteile der Energiewandler - mitunter aber auch durch gesetzliche Eingriffe - ³⁶⁾ beeinflußt wird.

Auf dem Lichtmarkt kämen als Konkurrenten nur Spiritus, Petroleum, Karbid, Stadtgas, Propangas u. a. infrage, welche wegen der großen Vor-

teile der el. Beleuchtung, d. h. Lichtwandler auf der Basis el. Energie, eine besondere Wertschätzung genießen, jedoch praktisch unbeachtlich sind. Die Abhängigkeit zwischen Preis und Nachfrage (d. h. die sog. "Kreuzelastizität") ist daher besonders gering, was bedeutet, daß auf diesem - bezogen auf den Gesamtumsatz der El. Wirtschaft - kleinen Markt eine monopolartige Stellung anzunehmen ist. Dasselbe gilt natürlich für die Nutzenergiemärkte Schall und unmittelbar Elektrizität.

Die Wettbewerbslage der Energieträger bei der Kraft ist erheblich wirksamer, obwohl auch hier für viele technische Prozesse als Energieträger nur Strom infrage kommt; Bei der Groß- und Mittelindustrie sind bei der Wahl zwischen den einzelnen festen, flüssigen, gasförmigen und el. Energieträgern häufig nicht ihr Preis, sondern die Vor- und Nachteile der jeweils verwandten Energiewandler und deren Preis maßgeblich. Deshalb ist auch hier die Kreuzelastizität oft nur sehr klein ³⁷⁾.

Anders liegen die Verhältnisse dagegen auf dem Wärmemarkt. Hier kann in den meisten Bereichen von einem scharfen Wettbewerb zwischen den einzelnen Energieträgern gesprochen werden.

Die bloße Aufteilung in Nutzenergiemärkte kann jedoch für die El. Wirtschaft nicht alleinige Richtschnur ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit sein. Dies umso weniger, als in praxi fast kein Abnehmer von Strom diesen ausschließlich für eine Nutzenergie verwendet. So tritt die El. Wirtschaft dem Abnehmer selten hinsichtlich der Stromlieferung als reiner Monopolist oder als stark konkurrenziertes Unternehmen gegenüber, weil sich eine Aufteilung nach dem verschiedenen Gebrauch der el. Energie nicht durchführen läßt ³⁸⁾. Die El. Wirtschaft muß also den Wettbewerb mit anderen Energieträgern pauschal bei den Lieferungsverträgen berücksichtigen ³⁹⁾.

Deshalb sind für die Preisgestaltungen der El. Wirtschaft die oben bereits erwähnten Klemmeigenschaften, d. h. die Nachfragecharakteristiken hinsichtlich Umfang, Benutzungsdauer, Beanspruchung von Spitzenlast u. s. w. im Einzelfall wesentlich bedeutsamer. Dies hat zu weitgehend kostenorientierten Aufspaltungen in Teilmärkte für Haushalts-, Landwirtschafts-, Gewerbe- und Industriestrom geführt, bei welchen aus buchtechnischen Gründen gewisse Pauschalierungen unter Berücksichtigung des Energieträgerwettbewerbs und vor allem der speziellen Anlagekosten in Bezug auf die gelieferte Arbeit (kWh) vorgenommen werden ⁴⁰⁾.

Die hier interessierenden El. Lieferungsverträge mit industriellen Großabnehmern oder Verteilerunternehmen werden - soweit dies das nationale

Recht zuläßt - von der Kosten- und Wettbewerbslage im Einzelfall bestimmt. Hier liegen die Verhältnisse aber insofern anders, als nicht der Wettbewerb zwischen Strom- und anderen Energieträgern wirksam wird, sondern zwischen dem El. Bezug von verschiedenen El. Lieferanten oder zwischen Fremd- und Eigenversorgung gewählt werden kann.

Aus dieser skizzierten Wettbewerbslage der El. Wirtschaft gegenüber anderen Energieträgern soll für die folgenden Erörterungen hauptsächlich beachtet werden, daß in den größten Absatzbereichen der El. Wirtschaft eine mehr oder weniger latente Substitutionskonkurrenz besteht, welche bei einer preisautonomen El. Wirtschaft durch wettbewerbsbestimmte Preisgestaltung - oft unter Ausnutzung des Konkurrenzdruckgefälles der einzelnen Teilmärkte zu internem Gewinn- und Verlustausgleich - zum Ausdruck kommt.

Da diese Arbeit nur das rechtliche Verhältnis zwischen öVU und iEEr behandelt, so wird nur der El. Markt als solcher Gegenstand der folgenden Erörterungen sein. Es darf dabei jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß in gewissen Bereichen auch die Substitutionskonkurrenz den Parallelverkehr beeinflußt.

2. Die industrielle Eigenerzeugung im allgemeinen

a) Umfang und Bedeutung der industriellen Eigenerzeugung innerhalb der Elektrizitätswirtschaft

Den heutigen Umfang der industriellen Eigenerzeugung im UCPT-E-Raum (EWG und Österreich) mögen folgende Zahlen aus einer statistischen Erhebung der FIPACE aus dem Jahre 1962 veranschaulichen (die erste Zahlenkolonne gibt den prozentualen Anteil der industriellen Eigenerzeugung an der jeweiligen nationalen Gesamt-El. Erzeugung wieder und die zweite den am industriellen Gesamtverbrauch von Strom):

Deutschland	38,3	58,9
Österreich	17,3	35,3
Belgien	41,5	59,6
Frankreich	28,4	39,6
Italien	22,0	34,1
Luxemburg	97,3	110,0
Niederlande	10,9	35,8

Im Gesamtbereich der statistisch erfaßten Staaten stammt mithin nahezu ein Drittel der gesamten El. Produktion aus industriellen Anlagen; fast die Hälfte des industriellen Verbrauchs wird aus eigenen Kraftwerken gedeckt und im übrigen ein erheblicher Teil der Energie in das öffentliche Netz eingespeist.

Die industrielle Eigenerzeugung kann deshalb nicht lediglich als ein Phänomen rationeller Produktion und als ein geeignetes Mittel zur Einsparung von Primärenergie angesehen werden, sondern auch als ein bedeutendes Element der nationalen öffentlichen ELV. Sie ist kein Relikt aus der Pionierzeit der ELV, in der mangels technischer Voraussetzungen der Strom wirtschaftlich nicht transportfähig und die öffentliche Versorgung - soweit sie schon bestand - nicht hinreichend sicher und preiswert war. In den nächsten Jahren ist vielmehr mit einem relativ nahezu gleichgroßen Wachstum wie bei der öffentlichen El. Wirtschaft zu rechnen ⁴¹⁾.

Die technischen und wirtschaftlichen Vorteile der industriellen Eigenerzeugung moderner Prägung haben die Experten der EWG-Kommission in ihrem Bericht "Europas wachsender Energiebedarf an Industriedampf". Im Laufe eines von der FIPACE auf Anfrage des Komitees der Elektrizität der EWG vorbereiteten Berichtes hat der Rat dieser Organisation den Regierungen empfohlen, sich dafür einzusetzen, einerseits die El. Erzeugung in Gegendruckverfahren zu begünstigen und andererseits Vertragsabschlüsse zwischen den Energieverteilern und den IEEn zu erleichtern, um die Einspeisung der Überschußenergie in das öffentliche Netz zu fördern.

b) Die technischen und betrieblichen Besonderheiten der industriellen Eigenerzeugung

aa) Die technischen Vorteile der industriellen Eigenerzeugung

Die technischen Vorteile der industriellen Eigenerzeugung liegen bei den modernen Anlagen nicht in der höheren Sicherheit, sondern in der größeren Wirtschaftlichkeit; sie können billiger als die Grundlastwerke der öVU arbeiten. Industrie-eigene Generatoren, die aufgrund ihrer relativ geringen Anlagekosten wirtschaftlicher arbeiten als die Spitzenlastkraftwerke der öVU, bleiben in unseren Untersuchungen außer Betracht, weil sie lediglich zum Eigenverbrauch herangezogen werden.

Die preiswertere Erzeugung beruht entweder auf der Verwertung nicht-marktfähiger und anderer nicht verwertbarer Ballaststoffe und sonstiger Ab-

fallprodukte, welche beim Produktionsprozeß, hauptsächlich beim Steinkohlebergbau, bei den Zechen, bei der Zementindustrie und bei der Petrochemie, entstehen. Die für die Energieveredlung verwendeten Primärenergien sind hier erheblich billiger als die bei der El. Erzeugung der öVU. Zudem entfallen die Frachtkosten für die Primärenergien ⁴²⁾.

Diese Abfallprodukte, zum größten Teil Abraum- oder Staubkohle, welche bei dem zunehmend mechanisierten Bergbau in immer größeren Umfang entfallen, aber auch Gichtgase der Zechen, Ätzgase der Zementindustrie und sonst unverwertbare Abgase der Petrochemie, könnten bei dem derzeitigen technischen Stand der Industrie und den wirtschaftlichen Verhältnissen auf andere Weise nicht verwertet werden und müßten auf Halden abgefahren oder - soweit es sich um Gase handelt - abgepackelt werden:

Bei der Verwertung dieser wirtschaftlich nicht transportfähigen Niedrigprodukte werden heute Kondensationskraftwerke eingesetzt, wie sie auch von den öVU verwandt werden. Die Industrie bemüht sich deshalb, Verhältnisse zu schaffen, welche eine nach technischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten optimal ausgelegte Kapazität dieser Kraftwerke ermöglichen.

Eine gegenüber der El. Erzeugung in den Kraftwerken der öVU erheblich billigere Produktion el. Energie kann auch durch die Ausnutzung der bei verschiedenen Produktionsverfahren der Industrie notwendigen, aber nicht vollständig genutzten thermischen Energie durch die sog. Wärmekraftkupplung erreicht werden. Hier werden bei der Umwandlung von primärer Energie Wirkungsgrade bis zu 75 % im Gegensatz zu 20 bis 35 % bei den Kraftwerken der öVU erreicht ⁴³⁾. Diese Wärmekraftkupplung erfolgt durch Vorschalt-, Gegendruck- und Entnahmekondensations-Dampfmaschinensätze; sie erlaubt es, den bestehenden Bedarf an niedergespannten Dampf für Wärme und Antriebszwecke nach vorheriger Ausnutzung des Druckgefälles zwischen hoch- und niedergespanntem Dampf zur Stromerzeugung zu decken. Diese Art der Stromerzeugung gestattet es, je nach dem Dampfumsatz und dem verfügbaren Druckgefälle zwischen Hoch- und Niederdruckdampf den Strombedarf des betreffenden Industriebetriebes zu einem mehr oder minder großen Teil mit einem verhältnismäßig geringen Mehraufwand zu befriedigen ⁴⁴⁾. Bei dieser Art der Stromerzeugung stehen zwar dem Vorteil geringeren Mehraufwandes an Brennstoffen im Vergleich zu den öVU-eigenen Kondensationsanlagen höhere Anlagenkosten gegenüber, was aber nichts an der grundsätzlichen Überlegenheit der Wärmekraftkupplung ändert.

Ein großer Nachteil dieser Anlagen liegt jedoch darin, daß die Stromerzeugung in ihrem zeitlichen Verlauf den Schwankungen des betrieblichen Dampfbedarfes folgen, nicht aber dem praktisch immer davon abweichenden betrieblichen Strombedarf, weshalb der erzeugte Strom wirtschaftlich zum größten Teil minderen Wertes ist.

Die wichtigsten Wirtschaftszweige mit Wärmekraftkupplung sind die Chemie, die Papier-, Textil- und Lebensmittelindustrie. Der Gesamtumfang der Stromerzeugung dieser Unternehmen erreicht jedoch bei weitem nicht denjenigen der zahlenmäßig erheblich geringeren Unternehmen des Steinkohlebergbaus und der Zechen.

Die betrieblichen Vorteile der Verwertung von Ballaststoffen bzw. sonst nicht oder nur unvollständig nutzbarer thermischer Energie durch Veredlung in el. Energie unterscheiden sich in den einzelnen Industriezweigen sehr stark. Am augenfälligsten sind die Vorteile bei den Kohlebergwerken, wo die Kraftwerke ähnliche Charakteristiken in ihrer wirtschaftlichen Anpassungsfähigkeit an den Bedarf aufweisen wie die Kraftwerke der öVU. Der Kohlebergbau ist wegen des ständig wachsenden Konkurrenzdruckes durch andere Primärenergieträger dazu gezwungen, seine Ballaststoffe durch Energieveredlung zu verwerten, weil er anders insgesamt seine Konkurrenzfähigkeit einbüßen könnte. Er kann sich daher nicht damit begnügen, die Abraumkohle und andere z. Zt. nicht marktfähige Kohle nur im Umfang des eigenen Strombedarfes zu verwerten; er muß sie vielmehr vollständig nutzen und deshalb Strom an andere, seien es Industrieunternehmen oder öVU, verkaufen, um durch die Erlöse die Rentabilität seiner Betriebe zu erhalten bzw. zu erhöhen ⁴⁵⁾.

Weniger vorteilhaft ist im allgemeinen die Nutzung der Wärmekraftkupplung. Obwohl die Industrie, welche sich der Stromgewinnung auf dieser Grundlage bedient, wesentlich billigere el. Energie erzeugen kann als die öVU, so ist ihre bestmögliche Nutzung meist erheblich erschwert. Dies ergibt sich aus dem Umstand, daß die El. Produktion in ihrer zeitlichen Leistungsschwankung dem Wärmebedarf der betrieblichen Produktionsprozesse, nicht aber dem El. Bedarf folgt. Diese Industrie ist daher zu einem zusätzlichen Strombezug von öVU oder anderen Industrieunternehmen gezwungen. Andererseits kann der über den eigenen Bedarf anfallende Strom nur durch Lieferung an andere ausgenutzt werden.

Dieser Überschußstrom ist jedoch meist nicht vorher bestimmbar, also unsichert. Im übrigen fällt er häufig gerade dann an, wenn keine Nach-

frage besteht (NT-Zeiten). Die Rentabilität der Stromerzeugung in Wärmekraft-Verbund hängt deshalb entscheidend davon ab, ob und inwieweit eine Angleichung der Nachfrage und des Angebotes für Strom und die Sicherung der Leistung erreicht werden kann. Die Industrie hat in der Regel für die El. Produktion geringeres Interesse als für die eigentliche Hauptproduktion. Die zeitliche Anpassung des Fabrikationsprozesses an die el. wirtschaftlich optimalen Verhältnisse ist ohne Beeinträchtigung der Wirtschaftlichkeit der Haupterzeugung jedoch nur in beschränktem Umfange (hauptsächlich bei zeitunabhängigen, el. intensiven Prozessen der Chemie) möglich ⁴⁶⁾.

Von entscheidender Bedeutung für die betriebs- wie volkswirtschaftlich erstrebenswerte Nutzung der Wärmekraftkupplung ist daher, inwieweit ein Verbund mit öVU und/oder anderen industriellen Unternehmen herbeigeführt werden kann.

c) Das Problem der Parallelschaltung und Koordination zwischen öVU und iEer

Die Parallelschaltung, d. h. der Verbund zwischen iEer bzw. und öVU wirft technische, wirtschaftliche und wettbewerbliche Fragen auf.

aa) Die technischen Probleme

Die technischen Probleme ergeben sich daraus, daß die industriellen Eigenanlagen verschiedenster Art über die Verbundleitungen mehr oder weniger zwangsläufig direkt verbunden werden müssen: Bei ihrem Bau und Betrieb müssen daher die Bedürfnisse der allgemeinen Stromversorgung berücksichtigt werden ⁴⁷⁾. So sind nicht nur die technischen Voraussetzungen für den Zusammenschluß der Leitungen zu schaffen, sondern auch die üblichen Sicherheitsbestimmungen, welche für die Anlagen der öVU gelten, einzuhalten ⁴⁸⁾, da der Stromverkehr in beiden Richtungen unmittelbar mit dem öffentlichen Netz verbunden ist.

Bei der Industrie-Stromeinspeisung ist nach der Qualität des Stromes zu unterscheiden, da sie bei dem öVU eine unterschiedliche Leistungselastizität und einen jeweils verschieden leistungsfähigen Verbund erfordern.

Wird garantierte Leistung, d. h. eine gleichmäßige, im voraus bestimmbare Bandleistung über einen längeren Zeitraum, oft über fünf oder mehr Jahre geliefert, so ist die Leistung wie die eines Grundlast-Kraftwerkes der öVU zu betrachten. Dasselbe gilt auch für die Lieferung garantierter Leistung zu Stark- und Spitzenlastzeiten.

Die nur teilweise garantierte Leistung kann im Zeitplan des Lastverteilers nur kurzfristig gefahren werden, da sie oft nur wochen-, tage- oder nur stundenweise vorher bestimmbar ist. Sie stellt hohe Anforderungen an die Lastverteilung und ist regelmäßig nur möglich, wenn durch einen Verbund eine große Elastizität des Leistungsangebotes besteht.

Dies gilt im erhöhten Maße für die ungesicherte Leistung, welche nur in sehr kurzen Fristen bzw. überhaupt nicht vom Lastverteiler eingesetzt werden kann. Bei den heutigen Anforderungen an die ELV kann diese EL. Einspeisung im Fahrplan nur gefahren werden, wenn sie durch Zusammenschluß möglichst vieler ungesicherter Leistungsangebote aufgrund der Diversität einen gewissen Prozentsatz an gesicherter Leistung erbringt.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Durchleitung industriellen Stromes durch das öffentliche Netz; dies gilt insbesondere für größere Strecken. Sofern nicht eine einzelne Leitung den Transport übernimmt, was sich aus wirtschaftlichen Gründen selten empfiehlt, kann der Transport nichts andere als die Verpflichtung des weiterleitenden Unternehmens bedeuten, gleichzeitig mit der Stromaufnahme am Bestimmungsort eine entsprechende Strommenge abzugeben. Da sich alle Leitungen der bestehenden Netze in einem ständigen EL. Austausch über die Gesamtheit der Trafo-Stationen hinaus befinden, kann nie dieselbe eingespeiste Energie am Bestimmungsort abgegeben werden; es handelt sich um den Transport einer "Belastungskurve", bei welcher insbesondere dann, wenn ungesicherte Leistung weitergeleitet wird, mangels wirtschaftlich durchführbarer Messung die eingespeiste Strommenge praktisch nie der am Bestimmungsort abgegebenen entspricht. Auch die Berechnung der Leitungsverluste bereitet Schwierigkeiten, da insbesondere beim Stufentransport, aber auch sonst durch den ständigen Netzausgleich die Verluste immer geringer sein werden, als beim Transport über eine Einzelleitung, weil im Transportnetz nicht eine Verschiebung des Leitungsverkehrs um die volle Transportlänge eintritt, sondern nur eine Umgruppierung. Dieser Vorteil des Transportes über ein Netz kann sogar bei einem Transport aus einem verbrauchsintensiven Raum zu einem stromerzeugungsintensiven zu einer effektiven Verminderung des Stromverkehrs im öffentlichen Netz und somit zu einer "Transport"ersparnis führen. Diesen wirtschaftlichen Vorzügen steht jedoch die vor allem beim Transport nur teilweise garantierter oder ungesicherter Leistung der Nachteil der mangels vollständiger Synchronisierbarkeit der Einspeisung und Abgabe am Bestimmungsort erforderliche Reservehaltung des Transporteurs gegenüber.

bb) Der wirtschaftliche Aspekt der Parallelschaltung

Die wirtschaftlichen Fragen der Parallelschaltung ergeben sich aus den dargestellten technischen Besonderheiten.

Da in der Regel die Stromerzeugung der iEEr nicht mit ihren Bedürfnissen zeitlich in Übereinstimmung zu bringen sind und für den Fall des Ausfalls der Eigenanlagen (wegen Naturereignissen, der Maschinenüberholung, des technischen Versagens) ohnehin ein Res. Strom benötigt wird, stehen sie vor der Frage, entweder eigene Zus./Res. Stromerzeugungsaggregate aufzustellen oder Zus./Res. Strom von öVU oder anderen iEEr zu beziehen.

Rein kostenorientierte Überlegungen führten in den meisten Fällen zu dem Schluß, daß die Errichtung einer eigenen Zus./Res. Stromerzeugungsanlage unrentabel ist, weil die Anlagen aus technischen Gründen häufig unwirtschaftlicher arbeiten als die großen Kraftwerke der öVU. Zudem ist die Benutzungsdauer und damit die Ausnutzung dieser Notanlagen erheblich geringer als bei den öffentlichen Kraftwerken. Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, daß die kurze Benutzungsdauer die Bedeutung des Arbeitspreises gegenüber dem Leistungspreis, d. h. hier gegenüber dem Anschaffungspreis der Anlagen mindert.

Andererseits muß bei dem Res./Zus. Strombezug von den öVU berücksichtigt werden, daß die Kapazität der öffentlichen Kraftwerke auf die von der Industrie benötigte Höchstleistung ausgelegt sein muß, daß also bei der Res./ZusV auch die öffentlichen Netze und Kraftwerke kurzzeitig in Anspruch genommen werden, obschon sie wegen der insbesondere im weiträumigen Verbund gegebenen Diversität der Res. Haltungen wesentlich intensiver genutzt werden als die industrieeigenen Res./Zus. Stromaggregate. So muß - je nach Zahl der Res. Anschlüsse - ein geringer Bruchteil der Summe der gesamten angeschlossenen Res. Leistungen vorgehalten werden. Selbst bei kleinen GebVU aber entsteht ein ähnlicher Diversitätseffekt, wobei jedoch die Leistungsfähigkeit der Verbundleitungen des öVU zu Regional- oder sonstigen öVU entsprechend ausgelegt sein muß. Notfalls ist (unter eventueller Kostenbeteiligung des anschließenden iEErs) diese Verbundleitung entsprechend auszubauen. Trotzdem darf nicht verkannt werden, daß die ResV wegen ihrer geringen zeitlichen Ausnutzung der installierten Anlagen und der ständig vorzuhaltenden Leistung notwendig teurer ist als die Normalversorgung.

Hinsichtlich des Zus. Stromes ist aus der Kostenperspektive eine Sonderbehandlung gegenüber dem Normalbezug nur insoweit angebracht, als die Klemmeigenschaften von der Normalcharakteristik abweichen (z. B. hin-

sichtlich der Benutzungsdauer, der Nachfrage in HT- und NT-Zeiten). Soweit die Industrie jedoch Zus/ResV für denselben Betrieb bezieht, ist eine wirtschaftliche Differenzierung dieser V. Arten nicht notwendig, da beide über dieselben Leitungen erfolgen. Beide V. Arten bestimmen zusammen die alle Kosten bestimmenden Faktoren der Klemmeigenschaften und damit den wirtschaftlich maßgeblichen Ausnutzungsgrad der Anlagen und die beweglichen Kosten. Viele öVU sind daher in diesen Fällen von einer rechnerisch nicht erfaßbaren Unterscheidung von Zus- und ResV abgegangen.

Die Einspeisung industriellen Stroms ist dagegen aus wirtschaftlicher Sicht sehr unterschiedlich zu beurteilen.

Wird eine garantierte, d. h. gesicherte Leistung angeboten, so ist sie derjenigen der öVU dann vorzuziehen, wenn die Summe der Aufwendungen für eine entsprechende El. Erzeugung der öVU denen der industriellen Anlagen trotz der durch die industrielle Erzeugung bedingten geringeren Auslastung der öffentlichen Kraftwerke kleiner ist als im Falle der vollständigen Versorgung durch die öVU (Differenzkosten).

Beim Angebot teilweise garantierter und ungesicherter Leistung, welche im Einzelfall nur begrenzt oder gar nicht im Fahrplan einsetzbar ist, kann eine kostenorientierte Kalkulation regelmäßig nur bei einer Veredelung in garantierte Leistung durch Zusammenfassen mehrerer nicht garantierter El. Lieferungen erfolgen. Wie bereits ausgeführt, sind 47 - 52 % der Summe aller Höchstleistungen nicht garantierter Lieferungen als garantierte Leistung anzusehen. Im Einzelfall werden dabei jedoch die unterschiedlichen Leistungskosten und die Einzelcharakteristik des ungesicherten Leistungsangebotes berücksichtigt werden. Der Wert der ungesicherten Leistung wird daher in der Regel nur einen Bruchteil desjenigen der Einspeisung garantierter Leistung ausmachen.

Der El. Transport durch die öVU ist meist weit wirtschaftlicher als der Transport über industrie-eigene Leitungen, obwohl ein exakter Kostenvergleich erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Abgesehen von der Einsparung des Baues einer Parallelleitung und der besseren Ausnutzung der bereits durch die öffentliche El. V teilweise ausgelasteten Leitungen der öVU ist im öffentlichen Netz praktisch - wie bereits dargestellt - nie ein Transport der "Belastungswelle" über die gesamte Transportstrecke erforderlich. Im Einzelfall kann der Transport aus einem verbrauchsintensiven Gebiet in ein erzeugungsintensives Gebiet dem öVU sogar den sonst notwendigen eigenen Transport in entgegengesetzter Richtung ersparen und so zu negativen Lei-

tungsverlusten führen, welche beim öVU die Kosten vermindert.

cc) Die Teilmärkte des Parallelverkehrs und ihre Marktformen

Die industrielle Eigenerzeugung verringert den Absatzmarkt der öffentlichen El. Erzeugung. IEer und öVU sind insofern Wettbewerber. Dies darf gerade wegen der hohen Absatzempfindlichkeit der El. Wirtschaft nicht unterschätzt werden. Die wirtschaftliche Form dieses Wettbewerbes ist in den einzelnen Teilmärkten des Parallelverkehrs recht verschieden.

Geht man von den drei Grundfunktionen der El. Wirtschaft, der El. Erzeugung, des El. Transportes und der El. Verteilung aus, so dürfte der el. wirtschaftliche Wettbewerb zwischen iEer und öVU wohl hauptsächlich im ersten Bereich stattfinden. Dies erklärt sich daraus, daß die Industrie ihr eigentliches Betätigungsfeld in anderen Wirtschaftsbereichen sieht und die meist wesentlich kapitalintensivere El. Verteilung oder den El. Transport schon aufgrund ihrer wirtschaftlichen Verhältnisse gar nicht übernehmen kann, sei es, weil sie die notwendigen wirtschaftlichen Mittel nicht aufzubringen vermag, sei es, weil sie ihr verfügbares Kapital in sich schneller amortisierenden Geschäften investieren muß oder will, und weil die erheblichen Investitionen die Unternehmen von ihren eigentlichen Aufgaben - auf dem Markt ihrer Hauptproduktion - zu sehr ablenken würden. Sie sind bei ihrer el. wirtschaftlichen Tätigkeit deshalb regelmäßig lediglich bestrebt, ihre produktionstechnisch bedingte Möglichkeit besonders billiger El. Erzeugung möglichst vollständig auszunutzen und - nach Versorgung aller ihnen zugehörigen Verbrauchsstätten - den etwaigen Überschußstrom unter möglichst geringem Kapitalaufwand zu veräußern. Der Wettbewerb bleibt also im wesentlichen auf die El. Erzeugung im Rahmen der technischen Möglichkeiten und der el. wirtschaftlich begrenzten Interessen der Industrie beschränkt.

Auf dem Gebiet des El. Transportes dürfte lediglich ein Wettbewerb des Industrieverbundes mit den Verbundleitungen der öVU bestehen. Allerdings werden Industriebetriebe, insbesondere die Kohlebergwerke und Zechen, in deren Bilanzen die El. Erzeugung einen größeren Raum einnimmt, am El. Transport immer dann interessiert sein, wenn und soweit die in ihrer Nähe befindlichen öVU zur Aufnahme ihres Stromes nicht geneigt sind.

Aus einer derartigen Lage heraus kann dadurch auch ein Wettbewerb der iEer und öVU bei der El. Verteilung in bestimmten V. Gebieten bedeutsam werden. Der Wettbewerb in der ElV braucht sich aber keineswegs immer auf die Belieferung Dritter zu beziehen. So kann er zwischen den Kraftwerken

der iEer und der öVU dazu führen, daß eine Seite die eigene Erzeugung aufgibt und die billiger erzeugte Energie des anderen übernimmt, sei es zur GrundV, zur Zus/ResV, als garantierte oder nur teilweise garantierte Leistung.

Diese Aufteilung nach El. Qualität, d. h. in garantierte, teilweise garantierte und ungesicherte Leistung, und nach V. Art, d. h. Grund- und Zus/ResV, ist ebenfalls als eine Aufgliederung in Teilmärkte zu verstehen, die gerade in den el. wirtschaftlichen Beziehungen zwischen iEer und öVU ihre Berechtigung findet und in der Praxis von großer Bedeutung ist. Nur eine Marktauselese auf diesen jeweils besonderen technischen und betrieblichen Gesetzmäßigkeiten folgenden Teilmärkten erlaubt eine echte Produktivitätsmaximierung.

Kann z. B. die Eigenanlage eines iEer wesentlich billiger Strom erzeugen als das Kraftwerk des nächstgelegenen öVU, so wäre es unsinnig, die GrundV durch das öVU vornehmen zu lassen. Auf der anderen Seite könnte dieses öVU möglicherweise vermöge seiner relativ wirtschaftlich arbeitenden Erzeugungsanlagen, aufgrund eines besonders elastischen El. Verbundes oder besonders günstiger Diversität in seinem eigenen Netz eine Zus/ResV des betreffenden iEers mit wesentlich geringeren Kosten vornehmen, als dieser dazu in der Lage wäre. Es wäre hier verfehlt, unter Hinweis auf die Wettbewerbslage bei der GrundV und der Zus/ResV beide Märkte als einheitlichen zu behandeln. Auf diese Weise könnte der wirtschaftlich insgesamt stärkere Vertragspartner - regelmäßig das öVU - seine Macht dazu mißbrauchen, den Vertragsgegner zu Geschäftsabschlüssen zu zwingen, welche der Kostenlage auf den einzelnen Teilmärkten nicht entsprechen. So könnte in unserem Beispiel etwa das öVU seine wirtschaftliche Macht auf dem Gebiet der Zus/ResV dazu benutzen, derart hohe, durch Kosten nicht gerechtfertigte Preise für Zus/Res. Strom zu verlangen ⁴⁹⁾, daß die Gesamtkosten für die eigene GrundV einschließlich der teureren Res/ZusV durch das öVU für den iEer größer wären als eine einfache GesamtV. In diesem Fall verzichtete der iEer auf eine Eigenanlage, obwohl eine eigene GrundV ihm geringere Kosten verursacht hätte als sie beim öVU entstanden wären ⁵⁰⁾.

Dasselbe gilt für Fälle, wo die öVU die Übernahme von Überschußstrom in das eigene Netz ablehnen, obwohl dieser für sie billiger wäre als der entsprechende in ihren Kraftwerken erzeugte Strom. Sie können aber auch durch die Verweigerung des Kaufs billigen Überschußstromes bzw. dessen Transport über das öffentliche Netz die Rentabilität der Eigenerzeugung eines iEers überhaupt infrage stellen. Ein solches Vorgehen der öVU kann so die Mög-

lichkeit, die Vorteile der Verwendung von Ballaststoffen, Abwärme, Rest- und Laufwasser für die El. Gewinnung voll zu nutzen, und damit die optimale Produktivität in der El. Wirtschaft verhindern. Die obigen Beispiele, welche im Tatsächlichen wie in seinen wettbewerblichen und wirtschaftlichen Konsequenzen die Hauptfälle des Parallelverkehrs darstellen, zeigen, daß der Marktmechanismus selbst bei einem freien Wettbewerb zwischen öVU und iEEr zumindest nicht immer arbeitsfähig ist. Es ist daher eine Differenzierung in die angegebenen Teilmärkte und ein Schutz dieser einzelnen Märkte notwendig, wenn nicht die industrielle Eigenerzeugung überhaupt infrage gestellt werden soll.

Der freie Wettbewerb zwischen den el. wirtschaftlichen Unternehmen ist jedoch nicht die Regel, sondern vielmehr eine Ausnahme. Gewöhnlich bestehen marktmorphologisch (wirtschaftliche ⁵⁰⁾ Angebots- oder Nachfrage-monopole (beschränkte oder unbeschränkte), Angebots- oder Nachfrage-oligopole, bilaterale Oligopole oder Monopole ⁵¹⁾. Für unsere rechtlichen Untersuchungen ist allein festzuhalten, daß wegen der verschiedenen el. - wirtschaftlichen Märkte das öVU als Mehrprodukten-Unternehmen zu betrachten ist ⁵²⁾. Hinsichtlich der Marktstellung ist immer von dem einzelnen Teilmarkt auszugehen. Stehen allerdings öVU und iEEr in mehreren dieser Teilmärkte (wie regelmäßig) gegenüber, so ist die Abhängigkeit der einzelnen Geschäftsbeziehungen untereinander zu berücksichtigen.

1. TEIL

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT NACH FRANZÖSISCHEM RECHT

A. DIE RECHTLICHE STRUKTUR DER FRANZÖSISCHEN ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFT

Für das rechtliche Problem der Bindung der Vertragsfreiheit der öVU und der iEER im Parallelverkehr ist die el. wirtschaftliche Stellung dieser Unternehmen von entscheidender Bedeutung, weil diese Bindung Folge der Marktstellung ist. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, die el. wirtschaftsrechtliche Struktur, d. h. vor allem die rechtliche Stellung der beiden Unternehmensgruppen zu untersuchen.

I. DIE ÖFFENTLICHE ELEKTRIZITÄTSVERSORGUNG UND DIE BETEILIGTEN UNTERNEHMEN

1. Das Nationalisierungsgesetz als Grundlage

a) Die rechtliche Lage vor der Nationalisierung

Vor der Nationalisierung konnte grundsätzlich jedes Unternehmen eine Tätigkeit in der öffentlichen EVF Frankreichs aufnehmen. Die rechtlichen Voraussetzungen des El. Transportes und der El. Verteilung mit einer Leistung von mehr als 1000 kW ist gem. Art. 6 des Gesetzes vom 15. 6. 1906 (G 06) i. V. m. Art. 3 I des Gesetzes vom 27. 2. 1925 (G 25) die Konzession; bei Anlagen mit schwächerer Leistung muß die Wegeerlaubnis (permission de voirie) eingeholt werden.

Die öffentlichrechtliche Konzession, eine hoheitliche Verleihung, besteht aus einem kurzen Vertrag (convention), in welchem der Konzedent (Staat, department oder Gemeinde) den Konzessionär mit den für die öffentliche Tätigkeit¹⁾ erforderlichen Rechten ausstattet, ferner aus dem sog. Lastenheft (cahier des charges)²⁾, in welchem die Rechte und Pflichten des Konzessionärs bis in die Einzelheiten geregelt sind und schließlich aus dem Dekret des Industrieministers, durch welchen die Konvention und das Lastenheft genehmigt werden. Das Verfahren der Konzessionserteilung ist in der Verordnung vom 28. 11. 1956, die für die zur Enteignung benötigten privaten Eigentums erforderliche Gemeinnützigkeitserklärung in der Verordnung vom 23. 10. 1958

geregelt.

Für die Nutzung privaten Eigentums ist lediglich die Genehmigung wegen des Telegrafien-, Rundfunk- und Luftfahrtschutzes einzuholen.

Die hydraulische El. Erzeugung bedarf einer Konzession (Art. 2 des Gesetzes vom 16.10.1919, G 19) bei einer Leistung von mehr als 500 kW, einer wasserpolizeilichen Genehmigung (autorisation) ³⁾ bei einer geringeren Leistung.

Für die Aufnahme der thermischen El. Erzeugung (Dampf-, Diesel-, Gas- oder Kernkraftwerke) mit einer Leistung von mehr als 1000 kW, welche direkt oder indirekt für die öffentliche ElV bestimmt ist, ist gem. Art. 1 der Verordnung vom 30.10.1935 die Genehmigung (autorisation) vorgeschrieben, welche der Verwaltung erlauben soll, die Zweckmäßigkeit der Errichtung der Anlagen im Hinblick auf die Nutzung der Energiequellen zu ermöglichen ⁴⁾. Art. 35 des Gesetzes vom 8.4.1946 (NatG) hat auch für die thermischen Kraftwerke ein Verfahren zur Gemeinnützigkeitserklärung geschaffen.

Diese allgemeinen Vorschriften über die Aufnahme öffentlicher ElV konnten sowohl rein private, gemischtwirtschaftliche und öffentliche Unternehmen erfüllen. Wie in den übrigen europäischen Staaten haben so eine große Zahl (etwa 150 Erzeuger, 90 Transport- und 1500 Verteilerunternehmen, welche allerdings im wesentlichen von 10 Finanzgruppen beherrscht wurden) hauptsächlich gemischtwirtschaftlicher und privater el. wirtschaftlicher Unternehmen die öffentliche ElV durchgeführt. Dieser Zustand wurde erst durch das NatG beseitigt.

b) Die Gründe der Nationalisierung

Wirtschaftliche und politische Umstürze nach dem 2. Weltkrieg hatten in den meisten europäischen Ländern eine Verstärkung des staatlichen Einflusses auf die einzelnen Wirtschaftszweige, vorwiegend auf die Grund- und V. Wirtschaft zur Folge. Im Zuge dieser Entwicklung hat der französische Gesetzgeber 1946 eine Anzahl von für die Nationalwirtschaft wichtigen Unternehmen nationalisiert, d. h. das Eigentum und die Geschäftsführung in die Hände staatlicher Organisationen überführt ⁶⁾, u. a. auch die öffentliche ElV ⁷⁾.

Die Gründe für die Nationalisierung der öffentlichen ElV, welche in der Nationalversammlung diskutiert wurden, lassen sich in drei Hauptgruppen zusammenfassen ⁸⁾:

1. Das Recht der Konzession und der Wegeerlaubnis sowie der Auto-
risation überließ es zum größten Teil privatwirtschaftlich geführ-
ten Unternehmen, Sorge für einen wichtigen Teil des wirtschaft-
lichen Lebens und der nationalen Sicherheit zu tragen. Insbeson-
dere bei der el. Ausrüstung des Landes könnten die Konzessionä-
re die El. Wirtschaft am privaten Interesse orientieren, was nicht
nicht unbedingt mit dem nationalen Interesse übereinzustimmen
brauchte. Die Abhängigkeit der Gesamtwirtschaft, die Konzen-
tration und die wirtschaftliche Macht der el. wirtschaftlichen Un-
ternehmen haben einen derartigen Grad erreicht, daß die "Sou-
veränität des Volkes" wegen der Abhängigkeit von ausschließlich
auf Gewinn ausgerichteten Finanzgruppen, welche zudem einen
politischen Druck auf die Nationalversammlung geltend machen
könnten, beeinträchtigt sei. Dies passe nicht in das "Klima der
Förderung des Arbeiters"; er sei nicht mehr Söldling privater In-
teressen, wenn er dem Gesamtwohl dienen wolle. Die El. Erzeu-
gung sei nationaler Reichtum.
2. Die Konzessionsunternehmen könnten aufgrund ihrer tatsächli-
chen Monopolstellung auf Kosten der El. Verbraucher übermäßi-
ge Gewinne erzielen. Die bisherigen rechtlichen Mittel des Staa-
tes reichten für die Verhinderung dieser nicht aus.
3. Nach dem Kriege war die el. Ausrüstung des Landes, gemessen
an der El. Nachfrage, völlig unzureichend. Die öffentliche EIV
war in eine Unzahl von einzelnen Unternehmen zersplittert. Das
bedingte eine wenig rationelle Betriebsführung, insbesondere was
die Normierung der wichtigsten Materialien, die Untersuchungs-
und Forschungsmöglichkeiten, die Ausstattungs- und Betriebs-
bedingungen betrifft. Die Konzentration sei deshalb zu beschleu-
nigen und möglichst ein Großunternehmen zu schaffen. Die
für den Aufbau der El. Wirtschaft nötigen Mittel könnten von der
Privatwirtschaft jedoch nicht aufgebracht werden.

c) Die Nationalisierung

Das NatG, dessen größtenteils wirtschaftsfremde, politische und ideo-
logische Motive nicht jedem überzeugend klingen mögen, hat das Bild der
französischen El. Wirtschaft völlig verändert.

Art. 1 Ziff. 1 NatG lautet:

"Mit der Veröffentlichung dieses Gesetzes sind nationalisiert

1. die Erzeugung, der Transport, die Verteilung, der Im- und Export von Elektrizität; ... " 9)

Für die o. a. Aufgabe der öffentlichen ElV sind in Art. 2 NatG vorgesehen:

1. Die Geschäftsführung der nationalisierten Unternehmen der Elektrizität wird einem nationalen Industrie- und Handelsunternehmen mit der Bezeichnung "Electricité de France" (EDF), "Service National" (SN) übertragen. Es umfaßt mindestens 6 Abteilungen, welche unter seiner Führung für die Forschung, die Ausführung und den Betrieb der Produktionsmittel der el. Energie bestimmt sind.
2. Eine bestimmte Anzahl von Betrieben mit der Bezeichnung EDF, Service de Distribution ... (gefolgt von dem Namen des entsprechenden geographischen Gebietes) wird mit der öffentlichen El. Verteilung betraut.

Diese Nationalisierung ist weder eine Verstaatlichung, staatliche Übernahme einer Aufgabe ¹⁰⁾, noch eine Überführung in eine nationale Regie, sondern eine Enteignung nach dem geltenden Recht. Das enteignete Vermögen ist nicht als domaine publique dem Staat übertragen worden sondern den o. a. Unternehmen, welche im Namen der nationalen Gemeinschaft die Erzeugung, den Transport und die Verteilung von el. Energie vornehmen. Sie verfügen grundsätzlich über eine finanzielle Selbständigkeit und technische und wirtschaftliche Unabhängigkeit, die jedoch durch zahlreiche Aufsichts- und Eingriffsrechte weitgehend eingeschränkt sind. Bei der Finanz- und Rechnungsführung unterliegt der SN den üblichen Regeln privatwirtschaftlicher Industrie- und Handelsunternehmen, auch denselben Steuern. Dazu Art. 16 NatG:

"Das Nettosaldo der Vermögenswerte, Rechte und Pflichten, welche den im Gesetz vorgesehenen Unternehmen übertragen worden sind, stellen ihr Kapital dar.

Das Kapital gehört der Nation. Es ist unveräußerlich und muß bei Betriebsverlusten durch die Gewinne der nächsten Rechnungsjahre ersetzt werden".

Dieser Gesetzesfassung ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, die öffentliche ElV als wirtschaftliche Tätigkeit der staatlichen Verwaltung zu entziehen ¹¹⁾.

2. Die EDF-SN

a) Der Tätigkeitsbereich

Nach Inkrafttreten des NatG wurde dem SN die El. Erzeugung und der Transport aufgrund dreier Ausführungsverordnungen vom 21.5., 5. und 22.6. 1946 zu Art. 6 NatG übertragen, mit Ausnahme der in den Art. 7, 8 und 23 NatG beschriebenen Fälle ¹²⁾. Alle infrage kommenden Unternehmen der El. Wirtschaft sind enteignet worden und haben ihre juristische Persönlichkeit verloren. Sofern die Betätigung der Unternehmen auf dem El. Sektor jedoch lediglich eine Nebentätigkeit war, sind sie bestehen geblieben. In Anwendung von 9 DVOn hat die EDF aber die el. Anlagen mit den entsprechenden Rechten und Pflichten übernommen, sofern sie jährlich eine Arbeit von mindestens 12 Mill. kWh leisteten. Grundsätzlich sind also - wie es Art. 8 NatG vorsieht - auch die El. Erzeugungsanlagen der elektrochemischen und elektrometallurgischen Industrie, welche mit der Hauptproduktion dieser Unternehmen durch ein "lien technique ne pouvant être rompu sans grave dommage" verbunden waren, der EDF übertragen worden. Es sind jedoch in diesen Fällen die in Art. 8 NatG vorgesehenen "gemischten Ausschüsse", in welchen die Vertreter der EDF und des betreffenden Unternehmens gemeinsam die beiderseitigen Interessen im einzelnen miteinander in Einklang zu bringen versuchen und über die Verbesserung der Anlagen beraten ¹³⁾, gebildet worden. In jedem Fall ist die EDF verpflichtet, diesen Industrieunternehmen den el. Strom zu denjenigen Bedingungen (Preis, Menge und Qualität) zu liefern, zu welchen sie den Strom vor der Nationalisierung aus ihren Anlagen gewonnen haben.

Trotz der strikten Durchführung hinsichtlich der Enteignung der bestehenden el. wirtschaftlichen Unternehmen ist bisher jedoch nur der SN, nicht aber die in Art. 2 Abs. 3 NatG vorgesehenen lokalen V. Unternehmen der EDF gegründet worden. Der Gesetzgeber glaubte, dem SN nur die El. Erzeugung und das nationale Hochspannungsnetz, nicht aber auch die Aufgabe der örtlichen El. Verteilung übertragen zu können. Zwar ist durch Beschluß vom 6.10.1950 im Hinblick auf die Gründung des Service de Distribution eine Neueinteilung Frankreichs in 26 El. Bezirke vorgenommen worden. Die Vorarbeiten über die weitere Ausgestaltung dieses Service wurde jedoch 1952 durch die Regierung unterbrochen, welche die "Aufschiebung" seiner Ein-

richtung anordnete und dem SN die provisorische Ausübung der Versorgung übertrug. Dabei ist es bis heute geblieben, zumal zweifelhaft erschien, ob die Gründung verschiedener El. Bezirke der erwünschten einheitlichen El. Politik nützte ¹⁴⁾. Außerdem ist der Wechsel in der El. Wirtschaft wider Erwarten reibungslos und ohne große Härten vonstatten gegangen. Die "Chefs de file" sind durch regionale Direktoren mit erweiterter Kompetenz ersetzt worden, was einen dezentrierten Betrieb der ElV ermöglichte ¹⁵⁾.

Die Nationalisierung hat das Recht der Konzession, Wegeerlaubnis und Genehmigung beibehalten ¹⁶⁾, schreibt jedoch gem. Art. 37 NatG neue Lastenheftmuster vor ¹⁷⁾. Für das nationale weitverzweigte Hochspannungsnetz ist der EDF eine einzige Konzession für das gesamte Staatsgebiet verliehen worden. Für die örtlichen Konzessionen, für welche die Gemeinden, Gemeindeverbände und Départements zuständig blieben, ist ein am 22.11.1960 herausgegebenes Lastenheftmuster für zukünftige Konzessionserteilungen verbindlich ¹⁸⁾. Bei den Wasserkraftwerken waren keine neuen Lastenheftmuster erforderlich ¹⁹⁾ ²⁰⁾.

b) Die EDF als öffentliches Unternehmen

Das établissement public des französischen Rechts kann als eine juristische Person des Verwaltungsrechts angesehen werden, welche mit der Ausübung eines öffentlichen Dienstes oder einer Gesamtheit derartiger Dienste betraut ist ²¹⁾. Jedes établissement public ist durch ein Gesetz gegründet, welches die rechtliche Stellung näher bestimmt. Ihnen ist gemeinsam, daß sie in den Genuß öffentlicher Prärogativen kommen oder kommen können, mit finanzieller Selbständigkeit ausgestattet sind (weshalb sie z. B. die Gewinnüberschüsse für die Verbesserung oder Ausdehnung ihres Betriebes verwenden können, ohne sie an den Staat oder sonstige Körperschaften abführen zu müssen), ihr Vermögen durch Pfändung oder Zwangsverkauf nicht veräußert werden kann und daß sie vor Gericht auftreten und sich auch gegenüber öffentlichen Körperschaften verteidigen können (Parteifähigkeit).

Das öffentliche Unternehmen ist kein Staatsbetrieb, welcher einen öffentlichen Dienst versieht; es unterliegt vielmehr dem Privatrecht, selbst wenn z. B. die Kontrolle der Buchführung besonders ausgestaltet ist. Andererseits unterscheidet sich das établissement public auch von den sociétés nationales, welche auch die juristische Form einer handelsrechtlichen Gesellschaft behalten haben und über keine Prärogativen der öffentlichen Gewalt verfügen.

Die ersten 3 Absätze des Art. 4 NatG lauten:

- "1. Die Betriebe der EDF ... sind mit finanzieller Selbständigkeit ausgestattet und somit auch mit technischer und wirtschaftlicher.
2. Sie folgen bei ihrer Finanz- und Rechnungsführung den bei Industrie- und Handelsunternehmen gebräuchlichen Regeln und sind den Steuern unterworfen.
3. Sie unterliegen der Kontrolle durch Rechnungsprüfer, welche vom Finanzminister unter den bei den OLGs (Cours d' Appel) in einer Liste eingetragenen Komisaren ausgewählt werden".

Die finanzielle, technische und wirtschaftliche Selbständigkeit besteht nur in den Grenzen der Verpflichtungen aus dem Lastenheft. Im übrigen greifen die weiter unten behandelten Tutelle, die verschiedenen staatlichen Kontrollrechte und die Planifikation derart in die Unternehmensführung ein, daß diese Selbständigkeit sehr gering ist. Ihre Hauptwirkung besteht in der Notwendigkeit, den Betriebs- und Investitionslasten eigene Mittel gegenüberzustellen ²²⁾.

1956 ist durch ein Verfahren der "dotation en capital" eine Erleichterung der jährlichen finanziellen Belastung geschaffen worden ²³⁾. Fiskalisch unterliegt die EDF denselben Regelungen über Abgaben und Steuern wie Privatunternehmen.

Nach Art. 4 Abs. 2 NatG muß die finanzielle und buchtechnische Geschäftsführung der EDF den bei den privatwirtschaftlichen Industrie- und Handelsunternehmen üblichen Regeln folgen ²⁴⁾. Dies ist eine logische Folge des industrie- und handelsrechtlichen Charakters der EDF. Die Reichweite dieser Regelung war in der Wissenschaft und Rechtsprechung zunächst streitig. Man wird aber den Willen des Gesetzgebers dahin verstehen können, daß auf die EDF die meisten Vorschriften der juristischen Person des öffentlichen Rechts nicht angewendet werden sollen ²⁵⁾. In einzelnen Rechtsbereichen, z. B. im Vermögens-, Vertrags- und Tarifrecht, wird bald öffentliches, bald *privates* Recht angewendet ²⁶⁾.

3. Die übrigen Unternehmen der öffentlichen Elektrizitätsversorgung

Wie bereits erwähnt, hat das NatG in den Art. 8 und 23 verschiedene Unternehmen von der Nationalisierung ausgenommen. Diese sind für die Frage des rechtlichen Verhältnisses der öffentlichen ELV zur Industrie von geringerer Bedeutung und seien daher nur kurz aufgeführt:

1. Nach Art. 23 NatG sind die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, an welchen der Staat bzw. die übrigen öffentlichen Körperschaften die Mehrheit besitzen, die Regieunternehmen und ähnliche der Gemeinden oder Gemeindeverbände, die Verbrauchergenossenschaften und die Gesellschaften "gemeinsamer landwirtschaftlicher Interessen" (SICAE) einschließlich der entsprechenden Verteilernetze bestehen gelassen worden. Der Gesetzgeber ging davon aus, diese Unternehmen würden ohnehin von der Gemeinschaft im öffentlichen Interesse außerhalb des Gewinnstrebens geführt ²⁷⁾.

2. Beim El. Transport wurden daneben lediglich einige Linien der französischen Staatsbahn (SNCF) mit einer Spannung von 63 bis 90 kV von der Nationalisierung ausgenommen.

3. Größeren Umfang nehmen dagegen die Ausnahmen bei der El. Erzeugung ein, welche teils von privat- und gemischtwirtschaftlichen, teils in öffentlichen Unternehmen durchgeführt wird.

Bei den reinen privat- und gemischtwirtschaftlichen Unternehmen handelt es sich - abgesehen von den später dargestellten iEern - um die bereits erwähnten Kleinkraftwerke, deren El. Erzeugung jahresdurchschnittlich 1942 und 1943 nicht 12 Mill. kWh überschritt (Art. 8 Abs. III Ziff. 3 NatG), Kraftwerke aller Art mit einer Leistung von bis zu 8 000 kVA (Art. 8 Abs. III Ziff. 5 NatG) und alle Rückstands- und Müllverbrennungsanlagen der Kommunen und öffentlicher Betriebe (Art. 8 Abs. III Ziff. 6 NatG).

Als öffentliche Unternehmen sind zu nennen:

a) Die thermischen Kraftwerke der nationalen Kohlenbergwerke (Houillères nationaux) und die hydraulischen Kraftwerke der SNCF, welche zwar Eigentum dieser Unternehmen blieben, jedoch unter der Führung der EDF nach den Direktiven der gemischten Ausschüsse betrieben werden.

Die Houillères betreiben Wärmekraftwerke zur Nutzung der Abfallprodukte der Kohlehydrierung in unmittelbarer Nähe der Kohleaufspaltungs-Anlagen zur StromV der Bergbauanlage. In Zukunft sollen diese Anlagen nicht

weiter vergrößert werden 28).

b) Die Wärmekraftwerke der Compagnie Nationale du Rhône (CNR), welche aufgrund einer VO aus dem Jahre 1939 eine Konzession u. a. auch zur Nutzung der hydraulischen Energie des gesamten Wasserlaufs der Rhône von der Schweizer Grenze bis zum Meer erhielten. Aktionäre dieser Gesellschaft sind öffentliche Körperschaften, öffentliche Betriebe (darunter auch die EDF), die SNCF und verschiedene Privatunternehmen. Die nach der Kapitalbeteiligung gemischtwirtschaftliche CNR wird, obwohl der Staat an ihr nicht beteiligt ist, von diesem gelenkt. Er stellt den Präsidenten des Verwaltungsrates, den Regierungskommissar und weitere 3 Mitglieder des Verwaltungsrates und erhält 50 % der über die Ausschüttung eines festen Zinssatzes an die Aktionäre hinausgehenden Gewinne.

Alle von der CNR erbauten Wasserkraftwerke werden aufgrund beiderseitiger Verträge von der EDF nach genau festgelegten wirtschaftlichen und technischen Bedingungen betrieben.

c) Für Kernkraftwerke, welche dem Rom-Vertrag zur Gründung der Atom-Gemeinschaft vom 25.3.1957 (Euratom) 29) unterliegen, gilt die Ordonnanz n° 58-1137 vom 28.11.1958. Nach Art. 1 können im Rahmen der Euratom-Bestimmungen Aktiengesellschaften französischer Nationalität und französischen Rechtes zur nuklearen El. Gewinnung auf französischen Boden errichtet werden, deren Satzung durch ein Dekret des Staatsrates nach vorheriger Berichterstattung durch den mit der El. befaßten Minister genehmigt werden muß. Sie hat vorzusehen, daß während des Bestehens der Gesellschaft mindestens die Hälfte seines Kapitals im Besitz der EDF ist. Der Rest kann von juristischen oder natürlichen Personen der übrigen Mitgliedstaaten herrühren. Die dem ausländischen Kapitalanteil entsprechende El. Erzeugung wird diesen Aktionären zur Verfügung gestellt, wobei jedoch der Betrieb der Anlagen von der EDF durchgeführt wird. Dasselbe gilt für den El. Transport bis zur französischen Grenze 30).

4. Der staatliche Einfluß in der öffentlichen Elektrizitätsversorgung

Der französische Staat hat sich nicht damit begnügt, die öffentliche El. Wirtschaft im wesentlichen der EDF zu übertragen und dessen Organisation bis ins einzelne zu bestimmen. Er hat vielmehr auch, wie später noch gezeigt werden wird, die Finanzierung 31), den Bau und Betrieb aller El. Anlagen der öffentlichen El. Wirtschaft, selbst die Preisgestaltung, in seine

Kontrolle gebracht. Um die ursprünglich als autonomes Unternehmen geschaffene EDF ist so ein umfangreiches System von Aufsichts- und Kontrollrechten entstanden. Die wichtigsten Institutionen sind:

a) Der Regierungskommissar

Der Regierungskommissar, der Direktor für Gas und El., ein beigeordneter Kommissar, der der EDF durch eine Verfügung des Industrie- und Handelsministers vom 2.2.1948 zugeordnet wurde, sitzt im Verwaltungsrat und in den verschiedenen Kommissionen der EDF und hat beobachtende Stellung. Er kann im Einzelfall die Beratung einer Frage durch den Verwaltungsrat verlangen, falls ihm eine Entscheidung gegen die Klauseln der Konzession oder Sonderverträge mit dem Staat zu verstoßen scheint. Dieses Begehren hat die Aufschiebung der Ausführung der EntschlieÙung bis zur ministeriellen Entscheidung zur Folge ³²⁾.

b) Die Tutelle

Aufgrund der VO v. 3.1.1946 wurde ein allgemeines Plankommissariat für die Entwicklung von Programmen für die Modernisierung und den Aufbau der französischen Wirtschaft (Produktivitätsamt) eingerichtet ³³⁾. Auch die El. Wirtschaft unterfällt der damit begründeten Planifikation; ihre Entwicklungsprogramme sind mit in dem übergeordneten Plan enthalten.

Nach dem Gesetz vom 21.3.1948 müssen die Programme des Grundbetriebes der nationalen Unternehmen jedes Jahr die vorherige gesetzliche Zustimmung einholen, wenn sie eine Anleihe aufnehmen oder an den Fonds für wirtschaftliche und soziale Entwicklung (FDES) oder an den Fiskus eine Forderung stellen wollen. Die vierjährigen "Programm-Gesetze" ³⁴⁾, welche ein garantiertes und jährliche Zusatzprogramme, die nicht berücksichtigten besonderen Konjunkturentwicklungen Rechnung tragen und so das starre Garantieprogramm etwas elastischer machen, enthalten, sind in Frankreich jedoch nicht lückenlos durchgeführt worden ³⁵⁾.

Aufgrund der Ordonnanz vom 2.1.1959 können die Vorhaben, welche gesetzlichen Anordnungen unterliegen, nur nach einer finanzgesetzlichen Jahresregelung durchgeführt werden. Praktisch prüft der Direktionsausschuß der FDES jährlich die von den Unternehmen für die nächsten Jahre vorgesehenen Programme, welche feste Projekte und einen notwendigen disponiblen Teil umfassen ³⁶⁾. Diese Prüfung erleichtert die Ausarbeitung des Finanzgesetzes und ermöglicht die Koordinierung der Energiepolitik. Nach dem Finanzgesetz erhalten die EDF und die übrigen öffentlichen Unternehmen vom

Finanz- und Wirtschaftsminister den Wortlaut der Entscheidungen, welche die genehmigten Ausgaben im Laufe des Jahres sowie die vorgesehenen Finanzierungsmittel ausweisen. Im übrigen legt der Industrieminister die endgültige Vornahme der genehmigten Arbeiten fest ³⁷⁾.

Aufgrund des 4. Titels der VO v. 29.8.1949 und desjenigen v. 9.8.1953 i. d. F. v. 26.8.1957 muß die EDF den Voranschlag der Einnahmen und Ausgaben dem Industrie- und Handelsminister und dem Finanz- und Wirtschaftsminister sowie dem Landwirtschaftsminister jedes Jahr vor dem 15.12. unterbreiten. Weiterhin müssen aufgrund der VO v. 9.8.1953 i. d. F. v. 12.6.1960 und der VO v. 29.8.1949 die Bilanzen, die Gewinn- und Verlustrechnung und die Geschäftsberichte von dem Verwaltungsrat - nach einer Prüfung durch die vom Betrieb gewählten Rechnungsführer - beschlossen und der Kommission der Rechnungsprüfung für öffentliche Betriebe vorgelegt werden; anschließend sind sie durch einen Beschluß des Finanz- und Wirtschafts- sowie des Industrieministers endgültig zu quittieren. Schließlich müssen Beteiligungen oder Vergrößerungen von Beteiligungen an anderen Gesellschaften ministeriell anerkannt werden, sofern die Beteiligung 50 % und mehr der betreffenden Unternehmen ausmachen. In anderen Fällen ist nur die positive Stellungnahme des Chefs der Kontrollmission erforderlich ³⁸⁾.

c) Die staatliche Kontrolle

Die parlamentarische Kontrolle ³⁹⁾ über die nationalisierten Unternehmen ist durch den inzwischen aufgehobenen Art. 70 des Gesetzes n° 47-520 v. 21.3.1947 eingeführt worden. Nun schreibt Art. 164 der Ord. n° 58-1374 v. 30.12.1958 vor, daß die einzelnen Kommissionsberichte über die Rechnungsprüfung der nationalen Unternehmen designierten Parlamentsmitgliedern zur Verfügung zu stellen und ihnen auf deren Wunsch alle Arbeitsunterlagen zur Einsicht zu geben sind.

Dem Staat stehen weiterhin nicht nur eine wirtschaftliche und finanzielle Kontrollmission, sondern auch eine "commission des marchés" zu Gebote, die die Rechnungsprüfung für die Immobiliargeschäfte und für die Aufträge von bestimmtem Mindestumfang übernimmt und regelmäßig durch Berichte das Parlament und die Ministerien auf dem Laufenden hält ⁴⁰⁾.

Daneben ist die Rechtskontrolle zu erwähnen, welche unter denselben Bedingungen wie der Rechnungshof mit einer Kontrolle a posteriori über die Geschäftsführung der öffentlichen Unternehmen betraut ist ⁴¹⁾.

Schließlich sei noch die Gas- und El. Direktion angeführt, welche die technische Überwachung aller Konzessionäre, also auch der EDF, vornimmt. Es hat zwei zentrale Büros eingerichtet. Das erstere befaßt sich mit den Fragen der El. Erzeugung und des El. Exportes und El. Importes und den besonderen Arbeitsbedingungen in der elektrischen und Gasindustrie. Das zweite Büro beschäftigt sich mit allen Fragen des Transportes und der ElV und der Anwendung des NatG. Außerdem werden noch äußere Dienststellen unterhalten, welche die technischen Fragen der Erzeugung, des Transportes und der Verteilung von el. Energie, insbesondere des Baues größerer Stauwerke, ferner alle technischen Fragen innerhalb der El. Bezirke behandeln ⁴²⁾.

II. DIE INDUSTRIELLE EIGENERZEUGUNG

1. Die ursprüngliche Regelung im Nationalisierungsgesetz und ihre Mängel

Nach der ursprünglichen Fassung des Art. 8 NatG waren nur die Kraftwerke mit einer durchschnittlichen Jahresarbeit in den Jahren 1942 und 1943 von weniger als 12 Mill. kWh von der Nationalisierung ausgenommen; die iEer durften nach der Nationalisierung Eigenanlagen nur insoweit errichten, als diese Begrenzung nicht überschritten wurde. In diesen Fällen mußte mit der EDF als einzigem potentiellen Abnehmer des Überschußstromes vor Baubeginn eine Übereinkunft getroffen werden.

Obwohl der Gesetzgeber mit dem NatG alle Energiequellen zur Koordinierung auf nationaler Ebene bei der EDF vereinigen wollte, hielt er diese kleineren Kraftwerke für so unbedeutend, daß er auf sie glaubte verzichten zu können ⁴³⁾. Grundsätzlich aber sollte die El. Erzeugung von öffentlicher Hand erfolgen. Mit dem Änderungsgesetz zu Art. 8 NatG, der sog. "Lex Armengaud" v. 2.8.1949, wurde dieser Grundsatz aufgegeben. Seine Gründe sind hier wegen ihrer Bedeutung für die spätere gesetzliche Regelung der Beziehungen zwischen den öVU und den iEern über die Abnahme und den Transport des Überschußstromes von besonderem Interesse.

In den Jahren 1948/49 konnten die bestehenden Anlagen den französischen El. Bedarf nicht decken; überall mußten Stromsperrn und Rationierungen eingeführt werden. Eine Vergrößerung der El. Erzeugungskapazitäten war dringend erforderlich. Senator Armengaud schlug deshalb eine Erweiterung der Ausnahmeregelung des Art. 8 NatG mit folgender Begründung zum Gesetzesvorschlag n^o 386 vor ⁴⁴⁾:

"Die Erfahrung hat gezeigt, daß es vorteilhaft wäre, den Bau el. Kleinkraftwerke der Privatinitiative zu überlassen. Die EDF sollte ihre ganzen Anstrengungen auf den Bau und den Betrieb bedeutender Anlagen richten, während sie für kleine Anlagen, deren Existenz örtlich bedingten Überlegungen entspringt, und für die EDF nur zweitrangiger Bedeutung ist, weniger geeignet ist ... Zum anderen ist der Bau von für die Energiewirtschaft des Landes so interessanten Gegendruckanlagen, welche normalerweise in Kondensatoren verlorene Wärme industriell ausnutzen und el. Strom bei reduziertesten Kohlepreisen ermöglicht, praktisch durch die Vorschriften des Art. 8 NatG gestoppt worden ...

Die El., welche durch die erste Entspannung des Stromes erzeugt wird, muß aber genau genommen als ein Nebenprodukt angesehen werden, welche mit gutem Recht dem Industriellen zur Verwaltung überlassen bleiben muß, der die Initiative zu diesen vorteilhaften thermischen Anlagen ergriffen hat".

Es heißt dort weiter:

"Schließlich ist es gewiß unlogisch, daß ein Unternehmer gehindert wird, in gewissen Grenzen el. Energie zu erzeugen, während es ihm frei gestellt ist, für den Betrieb derselben Maschinen andere Motoren zu benutzen, welche keine el. Energie benötigen".

Aus allen diesen Gründen verlangten die Verfasser des Gesetzesvorschlages die Schaffung eines freien Produktionsbereichs, allerdings beschränkt auf die erklärtermaßen wirtschaftlich arbeitenden Anlagen, welche auch keine Schwierigkeiten für die öffentliche ElV der EDF verursachen können. Wie der Berichterstatter vor der Nationalversammlung es formulierte, sollte die Gesetzesnovelle zum NatG es "verbessern, verändern, um zu verhindern, daß unter dem Deckmantel als unantastbar angesehener Gesetze eine "Sklerose", welche ein Hindernis für die Entwicklung unseres wirtschaftlichen Potentials sein würde", erhalten bliebe ⁴⁵⁾.

2. Die Bestimmungen der Lex Armengaud

Nach der Verabschiedung der Lex Armengaud lauten die Absätze III und IV des Art. 8 NatG folgendermaßen:

"Von der Nationalisierung sind ausgenommen

.....

- 3° die El. Erzeugungsunternehmen mit einer durchschnittlichen jährlichen Erzeugung in den Jahren 1942 und 1943 von weniger als 12 Mill. kWh.
- 4° die bestehenden oder zukünftigen industriellen El. Erzeugungsanlagen für den Eigenbedarf, soweit sie im Nebenverfahren durch Ausnutzung von Restenergien, insbesondere durch die Restausrnutzung mit Gegendruckturbinen oder durch Anzapfung des für die Hauptezeugung erzeugten Dampfes oder durch die Restausrnutzung der Wärme des die Produktionsmaschinen verlassenden Dampfes betrieben werden.
- 5° die Energieerzeugungsanlagen aller Betriebsniederlassungen, Unternehmen oder Privatpersonen, solange die installierte Leistung der Generatoren nicht 8 000 kVA (Höchstleistung der gleichzeitig betreibbaren Aggregate) überschreiten, wobei die unter Ziff. 4 genannten Anlagen, welche Restenergien ausnutzen, nicht mit berücksichtigt zu werden brauchen.

IV Die Errichtung und Betreibung neuer El. Erzeugungsanlagen durch Unternehmen ..., welche sie für ihre eigene Fabrikation oder ihren eigenen Verbrauch benutzen wollen, bedürfen, soweit sie nicht nach den Ziffern 4, 5 und 6 des vorigen Absatzes von der Nationalisierung ausgeschlossen sind,

a) einer ministeriellen Erklärung, welche feststellt, daß diese Anlagen zu den in Abs. II dieses Art. genannten Unternehmen ⁴⁶⁾ gehören;

b) Vereinbarungen zwischen der EDF und diesen Unternehmen" ... ⁴⁷⁾.

Aufgrund dieser Gesetzesänderung hat die industrielle Eigenerzeugung in Frankreich wieder ein Bürgerrecht erhalten ⁴⁸⁾; die Privatindustrie kann - wenn auch im beschränkten Umfang - ohne das Risiko der Nationalisierung Kapital in die eigene El. Erzeugungsanlagen investieren. Allerdings wurde zunächst die Aufnahme des etwaigen Überschußstroms in das öffentliche Netz nicht durch eine Rechtspflicht der öVU gesetzlich gesichert.

Die weitreichendste Änderung gegenüber dem ursprünglichen Wortlaut des Art. 8 NatG dürfte zweifellos der 4. Absatz herbeigeführt haben, welcher

den privaten Unternehmern erlaubt, Kraftwerke jeder Art zu errichten, sofern sie den erzeugten Strom für ihren eigenen Bedarf verwenden ⁴⁹⁾. Als Kriterium für den Eigenbedarf ist dabei regelmäßig von der Identität des Rechtssubjektes auszugehen ⁵⁰⁾.

Die neue Fassung des Art. 8 NatG vermeidet trotz aller Erweiterung und Liberalisierung der el. Eigenproduktion, daß die Privatindustrie nicht seinen Bereich überschreitet. Sie hat mehrere Sicherungen vorgesehen. So werden Bau und Betrieb der neuen El. Erzeugungsanlagen einerseits von einer ministeriellen Entscheidung über die Einhaltung der Bedingungen des 2. Absatzes des Art. 8 NatG, d. h. darüber, ob die betreffenden Anlagen für die öffentliche EIV nur untergeordneter Bedeutung sind, und andererseits von dem Übereinkommen mit der EDF abhängig gemacht. Sollte es bei der Konvention zwischen der EDF und dem privaten Unternehmen zu keiner Einigung kommen, ist der mit der El. befaßte Minister Schiedsrichter ⁵¹⁾.

Die Gesetzesänderung hat somit, ohne daß der Privatindustrie ein Einbruch in das Monopol der EDF für die öffentliche EIV möglich wäre, eine Regelung gefunden, um ihr zu ermöglichen,

- a) eine größtmögliche Sicherheit des Betriebes herzustellen,
- b) durch die Änderungen seiner El. Nachfrage mittels der eigenen Fl. Quelle die günstigsten Preise zu erhalten und schließlich
- c) einer bestimmten Preisfestigkeit versichert zu sein, welche zu-
mindest nicht den Preisschwankungen der regionalen oder staatlichen Tarifpolitik der EDF unterliegt ⁵²⁾.

Das Gesetz vom 2.8.1949, welches in einer Zeit der Energieknappheit verabschiedet wurde, entspricht so dem Wunsche des Gesetzgebers, mit allen Mitteln auf Vergrößerung der nationalen Energieausrüstung hinzuwirken und so neben der EDF auch die Privatindustrie und damit neben öffentlichen Geldern auch das Privatkapital in der el. wirtschaftlichen Investition einzusetzen.

3. Die Auswirkung der Lex Armengaud

Die Lex Armengaud hat tatsächlich das Ziel erreicht, welches der Gesetzgeber im Auge hatte. Viele privatwirtschaftliche Unternehmen haben nach Inkrafttreten des Gesetzes Wärme- oder Wasserkraftwerke errichtet ⁵³⁾. Die neue Fassung des 3. Absatzes des Art. 8 NatG hat zwar bis heute nur

eine sehr bescheidene Anwendung gefunden. Etwa 10 neue Konzessionen sind für hydraulische Werke, deren Energie hauptsächlich von den Erzeugern selbst verbraucht wird, vergeben worden. Drei privatwirtschaftliche Wasserkraftwerke sind konzessioniert worden, deren gesamte Leistung an die EDF geliefert wird. Die Gesamtkapazität aller dieser Anlagen ist zur Zeit gering ⁵⁴⁾.

Dagegen hat der neue 4. Abs. des Art. 8 NatG eine weite Anwendung gefunden ⁵⁵⁾. Die eisenschaffende, elektrochemische und elektrometallurgische Industrie hat zahlreiche bedeutende Wärmekraftwerke errichtet; andere Unternehmen haben ihre Kapazität erhöht. Die Gesamtheit der nach 1949 aufgebauten Anlagen haben etwa 700 000 kVA gegenüber 14 000 000 kVA der gesamten thermischen El. Erzeugung Frankreichs ⁵⁶⁾ erreicht. Die Industrie hat auf diese Weise innerhalb von 10 Jahren etwa 5 % der Gesamtkapazität französischer Wärmekraftwerke aufgebaut.

Die Erstellung von industriellen Kernkraftwerken ist allerdings aus wirtschaftlichen und technischen Gründen wenig aktuell, zumal, wie schon ausgeführt, nach der Ordonnanz n^o 58-1137 auf französischem Boden alle derartigen Anlagen mit französischer Beteiligung von der EDF betrieben werden müssen. Hier ist für zumindest die französische Privatinitiative wenig Raum ^{57) 58)}.

B. DER ABSCHLUSSZWANG BEI DER ZUSATZ- UND RESERVEVERSORGUNG DURCH DIE ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN

Der französische Gesetzgeber hat sich nicht damit begnügt, Stellung und Aufgaben der öVU und iEEr i. R. der gesamten El. Wirtschaft zu regeln; er hat auch die Parallelverkehrsgeschäfte zwischen öVU und iEEr bis ins Einzelne gehenden Vorschriften unterworfen und dabei insbesondere die öVU in ihrer Vertragsfreiheit erheblich eingeschränkt.

I. DIE PFLICHT ZUR ZUSATZ- UND RESERVEVERSORGUNG

1. Der Grundsatz der Versorgungspflicht

Schon vor der Nationalisierung galt allgemein der Grundsatz für den Konzessionär der El. Verteilung, Dauerlieferungsverträge im gesamten Verteilungsbereich oder im durch das Lastenheft bestimmten V. Gebiet mit jedermann abzuschließen ⁵⁹⁾. Eine entsprechende Vorschrift fehlt jedoch im G 06 ebenso wie in den folgenden Gesetzen und VOn, da die V. Pflicht als typische Konzessionärspflicht und damit als Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Konzessionsverhältnisses aufgefaßt und deshalb im Lastenheft geregelt wurde. Im allgemeinen waren die Konzessionäre nur bis zu einer bestimmten Leistung gehalten, Verträge mit "Abonnenten" abzuschließen. Sie waren insbesondere nicht gehalten, das Netz zu verstärken, um neue Verbraucher mit größerer Leistungsnachfrage anzuschließen. In der Regel haben die Konzessionäre ihre Netze schon vor Inkrafttreten des EDF-SN-Lastenheftes bzw. des geltenden Lastenheftmusters vergrößert, weil sie im anderen Falle den Verlust der entsprechenden Absatzgebiete an Konkurrenzunternehmen hätten befürchten müssen.

a) Die allgemeine Versorgungspflicht des SN

Für die regionale El. Verteilung ist der Grundsatz der Lieferungsverpflichtung erst durch das Lastenheft für die EDF-SN v. 27.11.1958, welches das gesamte französische Territorium über das Hochspannungsnetz erfaßt, eingeführt worden ⁶⁰⁾. Die Voraussetzungen des Abschlußzwanges sind umfassender geregelt als bisher. Art. 10 Abs. 1 dieses Lastenheftes bestimmt:

"Der Konzessionär hat zu den in diesem Lastenheft vorgesehenen Bedingungen unter Berücksichtigung der normalerweise erforderlichen Frist für die Erstellung der für die Versorgung des Verbrauchers bestimmten Anlagen die in Art. 1 aufgeführten "Klienten" 61 mit el. Energie zu versorgen".

Diese Verpflichtung umfaßt die Leistungserhöhung und die Erweiterung des Hochspannungsnetzes, da nur so dem Interesse der Allgemeinheit Rechnung getragen werden kann. Art. 8 bestimmt die einzelnen technischen Bedingungen für die Ausführung dieser Erweiterungen und Verstärkungen. Danach kann der SN 90 % der Anschlußkosten sowie die Kosten der Leistungsverstärkung während der Dauer von 8 Jahren vom neuen Abnehmer, d. h. von örtlichen öVU - regelmäßig EDF-Betriebe - und industriellen Großabnehmern verlangen. Für die iEer besteht hinsichtlich der Bedingungen des Netzanschlusses eine Besonderheit, wie noch gezeigt werden wird.

b) Die allgemeine Versorgungspflicht der örtlichen Verteiler

Für die örtlichen öVU gab es nach der Nationalisierung bis zum Erscheinen des Lastenheftmusters v. 22.11.1960 für die EDF-Betriebe und des in den in dieser Untersuchung zitierten Bestimmungen gleichlautenden v. 23.5.1962 für die öVU i. S. des Art. 23 NatG kein einheitliches Lastenheft. Seit dieser Zeit sind die Muster für den Neuabschluß von Konzessionen verbindlich. Es besteht aber auch die insbesondere von der EDF häufig ausgenutzte Möglichkeit der Revision bestehender Lastenhefte, um die Unzulänglichkeiten der einzelnen alten Lastenhefte zu beseitigen ⁶²).

Die Pflicht zum Abschluß eines Liefervertrages mit jedem Abnehmer im Konzessionsgebiet ergibt sich aus Art. 19 Lastenheftmuster. Sie gilt auch gegenüber Hochspannungsabnehmern mit bestimmter Mindestabnahme und Höchstspannung bei einer Mindestvertragsdauer von 5 Jahren. Überschreitet die Spannung eine bestimmte Grenze, kann sich der Abnehmer nur an das Hochspannungsnetz des SN anschließen. Auch der Verteilerkonzessionär kann 90 % der Anschlußkosten und zudem - innerhalb von 8 Jahren nach Vertragschluß - die Kosten der Leistungsverstärkung verlangen (Art. 9 A Lastenheftmuster), welche allerdings von den späteren Nutznießern anteilmäßig zu ersetzen sind.

Für die Anschlußbedingungen bei iEer gilt auch hier die später erwähnte Besonderheit.

c) Die Pflicht zur Reserve- und Zusatzversorgung

Die V. Pflicht umfaßt nicht nur die GesamtV, sondern auch die Zus/ResV, obwohl eine ausdrückliche Regelung in den Lastenheften regelmäßig fehlt. Das französische Recht kennt insoweit keine Beschränkung der V. Pflicht, wie sich z. B. aus den Tarifen des SN-Lastenheftes im Annex zu Art. 17, welche aufgrund der Generalverweisung in den Art. 22 und 23 der Lastenheftmuster auch für zumindest die örtlichen öVU, die dem Lastenheftmuster entsprechende Lastenhefte mit den Konzedenten vereinbart haben, ergibt.

Diese V. Pflicht gilt unabhängig davon, ob und in welchem Umfang der Abnehmer eine Eigenanlage betreibt und den Zus/Res. Strom evtl. selbst zu ähnlichen Preisen erzeugen oder anderweitig beziehen kann oder nicht. Der Wettbewerb zwischen Eigenanlagen und öffentlichen Kraftwerken hinsichtlich der IndustrieV wird hier nicht berücksichtigt.

2. Der Versorgungspflichtige

Als V. Pflichtiger für die Zus/ResV kommt lediglich entweder der SN oder das jeweilige örtliche öVU infrage. Ein Wahrecht zwischen beiden Lieferanten besteht in der Regel jedoch nicht. Art. 19 Abs. 3 und 4 der Lastenheftmuster sieht nämlich bestimmte Mindest-⁶³⁾ und Höchstgrenzen für die HochspannungsV vor. Für die hier allein interessierende Höchstgrenze der V. Pflicht des örtlichen öVU sieht Art. 19 Abs. 4 der Lastenheftmuster für die jeweils geforderte Spannung eine Staffelung je nach Leistung und Entfernung zwischen der Trafo. Station und V. Ort vor: Der Konzessionär braucht unter der Spannung T nur eine Leistung bis zu einem Maximum M und bis zu einem Produkt dieser Leistung in kW mit der Entfernung in km, gerechnet nach der unter der Spannung T gehaltenen Leitung zwischen V. Ort und Trafo. Stufe zur höheren Spannung (S), zu liefern. Die Werte T, M und S sind für jede Konzession in einer besonderen Tabelle aufgeführt.

Sofern der iEer eine höhere Leistung verlangt, muß er sich an das Hochspannungsnetz des SN anschließen, wenn diese Lösung "dem allgemeinen Interesse mehr entspricht" (Art. 19 Abs. 5 der Lastenheftmuster i. V. m. Art. 8 Ziff. a des SN-Lastenheftes. Die Entscheidung darüber, ob der iEer nun an das SN- oder an das örtliche V. Netz angeschlossen wird, ist ihm so entzogen⁶⁴⁾). Im Ergebnis ist also grundsätzlich das örtliche öVU zur Zus/ResV auch mit Hochspannungsstrom nach Maßgabe der genannten Tabelle verpflichtet. Darüberhinaus erfolgt die Versorgung vom SN, wenn dies wirtschaftlicher für die öffentliche EIV sein sollte.

3. Der Versorgungsberechtigte

Als V.Berechtigter wird in Art. 19 Abs. 1 der Lastenheftmuster kurz "jedermann" genannt; Art. 10 des SN-Lastenheftes verweist auf Art. 1, wonach der Berechtigte, der "Klient", ein V.Betrieb der EDF i. S. des Art. 2 NatG, ein V. Unternehmen i. S. des Art. 23 NatG und direkter (Groß)Abnehmer sein kann. Eine nähere Definition des "jedermann" und des "abonné direct" findet sich in keiner Vorschrift. Art. 1 Abs. 2 des SN-Lastenheftes verbietet lediglich jede Weiterveräußerung von el. Energie, sofern es nicht schriftlich vom Konzessionär gestattet wird. Daraus kann der Schluß gezogen werden, daß es sich bei den Abnehmern um eine V.Einheit handeln muß, welche wie bei der EigenV in der Identität des Rechtssubjektes zu sehen ist ⁶⁵

Die übrige Qualifikation ergibt sich aus den "Klemmeigenschaften" des nachgefragten Stroms. Unterfällt er dem im Lastenheft bezeichneten V.Bereich, so ist der Nachfrager v. berechtigt, unabhängig davon, ob es sich um ein öVU, ein Industrieunternehmen, ein Handelsunternehmen oder z. B. ein Forschungslaboratorium handelt.

Jeder rechtlich selbständige iEer ist daher für alle von seiner Rechtspersönlichkeit miterfaßten Betriebe gegenüber dem jeweils aufgrund des Konzessionsgebietes und der im Lastenheft festgelegten Höchstgrenze bestimmten öVU v. berechtigt.

II. DIE LIEFERUNGSBEDINGUNGEN UND -PREISE

1. Der Gleichbehandlungsgrundsatz

a) Die allgemeine Rechtspflicht zur Gleichbehandlung

Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist als notwendige Ergänzung des allgemeinen Abschlußzwanges aufzufassen. Er hat zwar gesetzlich ebenfalls keinen Niederschlag gefunden, ist jedoch in den Art. 24 des SN-Lastenheftes und Art. 24 der Lastenheftmuster geregelt worden.

Art. 24 Abs. 1 der Lastenheftmuster lautet;

"Der Konzessionär ist in jeder Hinsicht, insbesondere bezüglich der Tarife zu einer strikten Gleichbehandlung gegenüber jedweden Abnehmer verpflichtet.

Wenn ein Abnehmer in den Genuß eines Tarifes kommt, welcher in Übereinstimmung mit diesem Lastenheft vom Konzessionär aufge-

stellt worden ist, kann jeder andere Abnehmer, bei welchem die Lieferbedingungen in ihrer Gesamtheit zumindest bezüglich der Selbstkosten für die gelieferte Energie gleichwertig sind, verlangen, in den Genuß desselben Tarifes zu kommen, solange er gültig ist".

Ähnlich lautet Art. 24 Abs. 1 des SN-Lastenheftes. Der Absatz bringt jedoch eine interessante Erweiterung:

"Jeder Abnehmer kann sich ferner auf den Tarif eines anderen Tarifgebietes beziehen. In diesem Fall kommt er in den Genuß eines den Unterschieden der regionalen Bedingungen angemessen angepaßten Tarifes".

Dies kann natürlich nur für den Vergleich zweier Verträge des SN gelten; verschiedene örtliche öVU sollen sich nicht gegenseitig binden können.

Allgemein kann festgestellt werden, daß sowohl der SN als auch die örtlichen öVU zwar grundsätzlich verschiedene Tarife aufstellen können. Sie müssen aber alle Abnehmer, die mit ihnen V. Verträge abschließen, bei gleichen Bedingungen gleich behandeln ⁶⁶⁾.

b) Die Kriterien der Gleichbehandlung

Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann nur dann angewandt werden, wenn bestimmte Kriterien für die Bestimmung der Gleichheit vorgegeben sind. In Erkenntnis dessen sind in den Art. 24 des SN-Lastenheftes und der Lastenheftmuster die Charakteristiken aufgeführt worden, welche für die Beurteilung der Gleichheit, der Gleichwertigkeit der V. Bedingungen maßgeblich sein sollen. Art. 24 des SN-Lastenheftes nennt vier:

1. Die festgestellten, vom Abnehmer garantierten oder durch die Verwendung der Energie bestimmten Zeiten der Bereithaltung oder Nutzung der Energie,
2. die von dem Abnehmer verlangte oder ihm zur Verfügung gestellte Leistung und seine Schwankung während der unter 1 genannten Zeiten,
3. die Spannung, unter welcher die Lieferung erfolgt und
4. die Eigenschaft als Zusatz- oder ReserveV.

Art. 24 des SN-Lastenheftes schreibt dazu ergänzend vor, der Konzessionär müsse eine Aufstellung über alle verschiedenen von ihm gewährten

Tarife anfertigen und ständig auf dem neuesten Stand halten. Diese Aufstellung muß in jedem Büro, indem Verträge mit Abnehmern abgeschlossen werden können, ständig den Verteilerbetrieben der EDF, den öVU i. S. des Art. 23 NatG und den Direktabnehmern zur Verfügung gestellt werden. Hierdurch soll es allen Abnehmern leicht gemacht werden, ihre eigenen V. Verträge mit anderen, wirtschaftlich gleichgelagerten des SN mit anderen Abnehmern zu vergleichen und nachzuprüfen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sie ungleich behandelt worden sind.

Art. 24 der Lastenheftmuster nennt neben den o. genannten 4 Kriterien noch zwei weitere:

5. Der Blindstromverbrauch bezogen auf den Wirkleistungsverbrauch (es sei denn, die Blindleistung würde gesondert gezahlt) und
6. die Dauer der Verträge.

Die örtlichen und Provinz-Steuern und Tarifierhöhungen werden aus den Preisvergleichen herausgenommen.

Diese leicht zu handhabenden Kriterien sind zwar nicht allein für die Tarif- und Preisgestaltung maßgeblich. Bemerkenswert ist jedoch, daß alle aufgeführten Merkmale sich auf die spezielle Kostenlage des einzelnen Lieferverhältnisses beziehen. Die Frage der Gleichbehandlung wird also unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten, d. h. hier nach den Kosten der öVU beurteilt. Weder die el. wirtschaftliche Funktion des Abnehmers (V. Unternehmen oder iEEr) noch wirtschafts- oder sozial-politische Gesichtspunkte sind für die tarifliche Behandlung der V. Verträge erheblich.

Auch die Zus/ResV ist nur wegen ihrer besonderen Kostenlage als Kriterium für Preisvergleiche in den Art. 24 LH oder LHM genannt; die El. Lieferanten dürfen so zwar einzelne Abnehmergruppen wegen ihrer unterschiedlichen "Klemmeigenschaften" und sonstiger kostenbeeinflussender Umstände verschieden behandeln (etwa verschiedene Preise festsetzen) nicht aber Abnehmer innerhalb einer insofern gleichgearteten Abnehmergruppe ⁶⁷⁾.

2. Das Prinzip der differenzierten langfristigen Grenzkosten

a) Der Grundsatz der langfristigen Grenzkosten

Wie bereits erwähnt, werden die Preise für die Belieferung eines Sonderabnehmers mit hochgespanntem Strom auch dann nach dem im Annex des SN-Lastenheftes angeführten Tarifen festgelegt, wenn der Lieferer ein örtliches öVU ist.

Für den in Art. 37 NatG vorgeschriebenen Tarif wurden zunächst in dem am 28.11.1956 genehmigten Lastenheftmuster (sog. Grüner Tarif) nur einige Prinzipien für die Höchsttarife aufgestellt. Die einzelnen Preise errechneten sich aus Tabellen im Anhang zum Lastenheft für die Konzession des nationalen Hochspannungsnetzes. Diese Tabellen sind vom Staat als Konzedenten beraten und zum Gegenstand einer öffentlichen Untersuchung gemacht worden, bevor die Konzession am 27.11.1958 unterzeichnet wurde ⁶⁸⁾. Im wesentlichen entsprechen sich die Lastenhefte ⁶⁹⁾. Hier seien kurz seine Grundprinzipien hinsichtlich der allgemeinen Berechnung des El. Preises erläutert.

Nach der Nationalisierung der öffentlichen ELV mußte der Staat verhindern, daß die EDF die ihr eingeräumte außergewöhnliche Marktstellung mißbrauchen konnte ⁷⁰⁾. Ferner wollte er

1. allgemein die bisher geltenden Tarife herabsetzen,
2. überall je nach der Region herabgesetzte Preise für Schwachlastzeiten einführen und
3. eine Tarifgestaltung herbeiführen, welche die Leistungseinsparung in Höchstlastzeiten belohnt ⁷¹⁾.

Aus diesem Grunde sind im Lastenheft nicht nur die Lieferbedingungen bis ins einzelne festgelegt worden, sondern auch die Preise. Der Staat kann jedoch - anders als bei dem staatlichen Renault-Werk und der Air-France, welche sich auf dem freien Wettbewerbsmarkt behaupten müssen - auf verschiedene Weise diesen El. Preis bestimmen, je nach dem Ziel, optimale Gewinne zu erzielen oder z. B. eine optimale Ausnutzung der vorhandenen Energiequellen zu erreichen, u. dergl. mehr.

Der französische Gesetzgeber hat sich bei der ELV für das Kostendeckungsprinzip entschieden; es sollen keine Gewinne zur Ausschüttung auf die Aktien erwirtschaftet werden, sondern vom Abnehmer nicht mehr verlangt

werden, als der V. Leistung entspricht, wobei die verursachten Kosten und eine angemessene Verzinsung der in den öVU investierten Kapitalien zugrunde gelegt werden. Falls die Einnahmen die Ausgaben übersteigen sollten, müssen entweder die Verkaufstarife entsprechend gemindert werden oder der Überschuß für die Investition verwandt werden.

Mit der Entscheidung für das Kostendeckungsprinzip allein ist der Einzelpreis jedoch nicht hinreichend bestimmt. So könnte die EDF z. B. ohne weitere Differenzierungen im gesamten französischen Gebiet einen einheitlichen pauschalierten kWh-Preis fordern oder aber individualisierende Tarife schaffen. Die Entscheidung dieser Frage ist nicht nur wirtschafts-, sondern auch finanz-, investitions- und sozialpolitischer Natur ⁷²⁾.

Der französische Gesetzgeber hat sich für die differenzierenden Selbstkostenpreise entschieden und dies folgendermaßen begründet ⁷³⁾: "Wenn der El. Preis für einen bestimmten Abnehmer zu niedrig ist, führt dies zu einem verschwenderischen Verbrauch auf Kosten anderer. Ist er zu hoch, verhindert er die Entwicklung volkswirtschaftlich gesunder Verbrauchsmöglichkeiten und führt zur wirtschaftlichen Bevorzugung anderer teurer Energiequellen. Auch dies kostet der Verbraucher. Das Prinzip des Verkaufs zu den jeweiligen Eigenkosten ist daher die einzige Möglichkeit, den Verbrauchern in nationalökonomischer Sicht die günstigste Entscheidung zu ermöglichen. Kostenorientierte Preisdifferenzierungen führen zum höchsten "Wirkungsgrad" ⁷⁴⁾, zur "besten Orientierung der Unternehmer bei der Wahl der technischen Verfahren und Organisation der Fabrikation" ⁷⁵⁾. Jeder Verbraucher, der die für sich billigsten und günstigsten Lieferbedingungen wählt, wählt die für die Allgemeinheit billigste Lösung (Gedanke der Dezentralisierung wirtschaftlicher Entscheidungen) ⁷⁶⁾. Diese wirtschaftstheoretischen Überlegungen haben zum marginalen Prinzip ⁷⁷⁾, zu einem sehr differenzierten Preissystem kostenangenäherter Arbeits- und Festkosten geführt ⁷⁸⁾, welche allerdings dennoch etwas willkürlich aufgeteilt werden ⁷⁹⁾.

b) Die Preisdifferenzierungen im SN-Lastenheft

aa) Die allgemeinen Tarifiedifferenzierungen

Das Lastenheft unterscheidet einen allgemeinen, einen Zusatzstrom- und einen Reservestromtarif. Jeder dieser Tarife enthält einen Grundpreis für die bestellte Leistung in kW und einen Arbeitspreis für die tatsächlich beanspruchte Arbeit. Die Tarife setzen einen fünfjährigen Liefervertrag voraus und gelten nur für das französische Festland.

Die Preise sind in den 23 neu gebildeten Tarifzonen verschieden, je nach der Entfernung von den Erzeugungszentren, welche wiederum jahreszeitlich wandern ⁸⁰⁾. Innerhalb der einzelnen Tarifzonen wird der Preis je nach der Spannung des gelieferten Stromes gestaffelt, wobei zwischen 5, 15, 30, 60, 90 und 150 kV unterschieden wird. Die Kostendegression mit der Spannungserhöhung ist beträchtlich ⁸¹⁾. Weiterhin wird nach der Tarifzeit, d. h. zwischen Winter und Sommer, täglichen Spitzen-, Stark- und Schwachlastzeiten unterschieden. Der jährliche Grundpreis wird nach der auf 5 Jahre zu bestellenden Spitzenleistung des Abnehmers festgesetzt. Dieser Preis kann in Sätzen von mindestens 5 % erhöht werden, Wenn erhöhte Leistungen verlangt werden, muß dies 2 Monate vorher angemeldet werden. Rabatte auf den Grundpreis können dadurch erreicht werden, daß der Abnehmer sich verpflichtet, seine bestellte Leistung zu modifizieren, insbesondere in Spitzenlastzeiten keine Leistung zu beanspruchen.

Die EDF ist nur gehalten, die bestellte Leistung zur Verfügung zu stellen, jedenfalls nicht mehr als 110 Prozent dieses Betrages. Weitere Überschreitungen werden nach dem jährlichen Grundpreis berechnet, wobei das Mittel der drei höchsten Spitzen des Monats mit einer Gesamtmindestdauer von 10 Minuten zugrunde gelegt wird. Auf den jährlichen Grundpreis werden jedoch in den Monaten November, Dezember, Januar und Februar 30 %, auf die Monate Oktober und März 40 % und für die übrigen Monate 70 % Rabatt gewährt. Die Stromzähler sind, von einigen vereinbarten Ausnahmefällen abgesehen, mit Kompensationsdrosseln zur Vermeidung größerer Blindströme ausgerüstet. Den Tarifpreisen außerhalb der Schwachlast-Zeiten (NT-Zeiten) wird ein Verhältnis zwischen Blind- und Wirkstrom von 60 zu 100 zugrunde gelegt; Abweichungen werden in Preisauf- bzw. Abschlägen berücksichtigt. Schließlich können dem Sonderabnehmer Sonderrabatte gewährt werden, wenn er sich mit der Lieferung nicht garantierter Leistung bzw. nur mit zeitweiligen Lieferungen zufrieden gibt.

Alle diese Preisdifferenzierungen des Tarifes zeigen deutlich das Bemühen, die wichtigsten kostenverursachenden bzw. kostensparenden Faktoren in der ElV im Preis zu berücksichtigen. Dies gilt nicht nur für die Gesamt- sondern auch für die Zus/ResV, welche gerade aus diesem Grunde nach zusätzlichen Kriterien zu tarifieren ist.

bb) Die Preisgestaltung bei der Zusatzversorgung

Der Zus. Strom-Tarif ist für die Versorgung solcher Sonderabnehmer bestimmt, die noch über andere El. Bezugsquellen verfügen, kann jedoch

auch auf andere Lieferverträge mit langer Benutzungsdauer angewandt werden.

Er weist gegenüber dem allgemeinen Tarif einen höheren Grund- und einen niedrigeren Arbeitspreis auf; ihm ist also ein ungünstiger Gleichzeitigkeitsfaktor zugrunde gelegt worden ⁸²⁾. Insbesondere die Zusatz-Strom-Abnehmer mit hydraulischen Eigenanlagen haben im allgemeinen, insbesondere in den Hochgebirgen (Alpen und Pyreneen) einen wesentlich höheren Gleichzeitigkeitsfaktor als die NormalV ⁸³⁾. Weiterhin ist bei den Eigenanlagenbesitzern die Fahrweise nicht nur sehr unregelmäßig, sondern auch besonders schwer bzw. gar nicht vorauszubestimmen. Der Tarif sieht daher eine den Kosten noch mehr angenäherte Aufteilung der Grund- und Arbeitspreise vor, ohne bestimmte Zahlen anzugeben. Das Lastenheft gibt nur einen Rahmen. Die Grundpreise dürfen nicht das Zweifache des allgemeinen Tarifes überschreiten; die Arbeitspreise dürfen höchstens 85 % der allgemeinen Arbeitspreise in den Spitzenlastzeiten und 90 % derjenigen in Stark- und Schwachlastzeiten erreichen. Im übrigen gelten die allgemeinen Regeln.

cc) Die Preisgestaltung bei der Reserveversorgung

Der Reservestrom-Tarif ist für die Versorgung solcher Abnehmer gedacht, deren Eigenanlagen vorübergehend ausfallen; er kann ebenso für die ElV mit kurzer Benutzungsdauer gewählt werden.

Wie Kuppert ⁸⁴⁾ treffend bemerkt, betrachtet die EDF-SN die Bestellung von Res. Leistungen gleichsam als Versicherungsgeschäft. Der Preis für die Res. Leistung entspricht der Versicherungsprämie, deren Höhe vom Risiko und dem zu erwartenden Risikoausgleich abhängig ist. Je größer die Zahl der Reservestromabnehmer ist und je kleiner die von ihnen bestellten Einzelleistungen sind, desto besser wird der Risikoausgleich, welcher im übrigen noch durch den besonders niedrigen Gleichzeitigkeitsfaktor erhöht wird. Der Grundpreis darf denn auch nicht die Hälfte desjenigen des allgemeinen Tarifes überschreiten, es sei denn, es handelte sich um eine hydraulische Eigenanlage, bei welcher der Grundpreis des Reservestrom-Tarifes 90 % desjenigen des allgemeinen Tarifes erreichen darf, weil hier relativ hohe gleichzeitige Beanspruchungen erwartet werden müssen. Die Arbeitspreise der ResV dürfen höchstens das Doppelte, in der Spitzenlastzeit, 180 % in der Starklastzeit und in Schwachlastzeiten das Normalmaß des allgemeinen Tarifes überschreiten. Auch hier gelten im übrigen die allgemeinen Tariffdifferenzierungen.

dd) Der Preisspielraum bei der Zusatz- und Reserveversorgung

Im Gegensatz zum allgemeinen Tarif, welcher die Grund- und Arbeitspreise genau festgelegt hat, sind die Preise für die Zus/ResV nicht konkretisiert worden. Dies ist wohl darauf zurückzuführen, daß die "Klemmeigenschaften" der einzelnen Abnehmer mit Eigenanlagen zu unterschiedlich sind und diese Unterschiede für die Kosten der EDF von erheblicher und somit preisgestaltender Bedeutung sind. Aus Art. 20 Abs. 8 des SN-Lastenheftes ergibt sich, daß den NormalV. Verträgen eine Leistung von 3 000 kW mit einer Benutzungsdauer von 3.200 Stunden, davon - gleichmäßig auf die Monate verteilt - 600 Stunden auf Schwach- und 2600 Stunden auf Starklastzeit, zugrunde gelegt wird. In den 4 Wintermonaten wird mit monatlich 50 Spitzenlaststunden gerechnet.

Angesichts der verschiedenen Produktionsverfahren und der unterschiedlichen Leistungscharakteristiken der Eigenanlagen ist eine derartige Pauschalierung bei der Zus/ResV auch nicht annähernd möglich. Dennoch unterliegt der SN bei der Zus/ResV einer sehr weitgehenden Bindung durch die genannten Kriterien der Gleichbehandlung nach Art. 24 des Lastenheftes und der Tarifierung. Zudem sind alle Verträge dem Chefsingenieur der Kontrolle mitzuteilen; der mit der Elektrizität befaßte Minister hat die Möglichkeit, aufgrund eines Berichtes dieses Chefsingenieurs die Unterlassung aller gegen die Bestimmungen des Lastenheftes verstoßenden Vereinbarungen anzuordnen (Art. 25 des Lastenheftes). Preisänderungen sind nur unter engen Voraussetzungen und unter ministerieller Aufsicht möglich (Art. 20 und 22 des Lastenheftes). Alle im Lastenheft bestimmten Preise fußen gemäß Art. 21 des Lastenheftes auf dem index économique électrique haute tension von ursprünglich $I_0 = 7300$ ⁸⁵⁾. Die Preise ändern sich proportional zu der Erhöhung dieses Index. Z. Zt. allerdings wird der Index staatlich festgesetzt ^{86) 87)}, wobei eine kostenentfremdende Wirkung inkauf genommen wird.

c) Die Preisdifferenzierungen nach den Lastenheftmustern

Die hier dargestellte Tarifbehandlung der Abnehmer des SN von Zus/ResStrom gilt gemäß Art. 22 und 25 der Lastenheftmuster auch für die entsprechende Versorgung mit hochgespanntem Strom durch die örtlichen öVU ⁸⁸⁾, gleichgültig, ob es sich um Betriebe der EDF oder öVU i. S. des Art. 23 NatG handelt ⁸⁹⁾. Preislich ergibt sich so für die Zus/ResV der iEEr kein Unterschied.

3. Die staatliche Preisgestaltung

a) Die Befugnis zur Preisfestsetzung

Die ursprüngliche Regelung der VO vom 11.4.1937, wonach eine dritteljährliche automatische Preisüberprüfung erfolgen muß, ist durch das Gesetz vom 21.10.1940 aufgehoben worden. Die Ordonnanz vom 30.6.1945 bestätigt dieses in Art. 1: "Die Preise aller Erzeugnisse und Dienstleistungen werden von der Verwaltung, insbesondere durch ministerielle Verfügung bestimmt". Art. 29 hebt alle vertraglichen automatischen Preisgleitklauseln auf, sofern nicht eine besondere Verfügung i. S. des Art. 1 vorliegt.

Die Regierung bestimmt auch heute die el. wirtschaftlichen Preise ⁹⁰⁾; die Preiserhöhungen sind zwischen 1938 und 1960 sehr deutlich unter denen der übrigen Wirtschaftsgüter einschließlich denen der konkurrierenden Energien geblieben. Der Tutel-Minister setzt von Zeit zu Zeit den neuen el. - wirtschaftlichen Index fest, während die Preise durch gemeinsame Verfügungen des Industrie- und Wirtschaftsministers festgelegt werden ⁹¹⁾.

Neben dieser Abhängigkeit der öffentlichen EIV von der behördlichen Preisgestaltung besteht ferner die Pflicht, frühere Sondertarife zugunsten bestimmter Verbraucher, z. B. einiger für die Volkswirtschaft besonders wichtiger Industriezweige beizubehalten, selbst wenn sie unter den Selbstkosten liegen sollten ⁹²⁾, was oft der Fall ist ⁹³⁾. Dadurch ist die öffentliche EIV zu unrationeller Arbeitsweise gezwungen, was auch eine gewisse Verzerrung des Bedarfs und der Wettbewerbsfähigkeit einiger Industriezweige zur Folge hat ⁹⁴⁾.

b) Die Ausübung der staatlichen Preishoheit

Es ist jedoch weniger die staatliche Preishoheit als solche als vielmehr ihre Ausübung, welche immer wieder Anlaß zu Diskussionen gegeben hat. So hat der Staat die Preise häufig als konjunktur- und währungspolitische Waffe benutzt, ohne Rücksicht auf die oft dadurch entstandene defizitäre Bilanz der EDF. Lt. Tätigkeitsbericht der EDF für das Jahr 1962 ⁹⁵⁾ sind z. B. die Tarife v. 7.1.1959 auch im Jahre 1962 noch angewendet worden, obwohl nach dem el. wirtschaftlichen Index eine Erhöhung um 11,5 % gerechtfertigt gewesen wäre. Erst eine Verfügung v. 27.3.1963 hat eine allgemeine Tarifierhöhung um 7,3 % für die Hochspannungslieferungen erlaubt ⁹⁶⁾. Die EDF mußte daher wiederholt über besondere Kredite und Vergünstigungen anderer Art unterstützt werden. Die Politik der französischen Regierung war dabei in den vergangenen Jahren recht unterschiedlich. Zeitweise stand das

Postulat privatwirtschaftlicher Dynamik, zeitweise das der staatlichen Kontrolle zur Wahrung öffentlicher Interessen in dem Vordergrund ⁹⁷⁾. Die immer wieder zum Vorschein tretende Tendenz zu unternehmerischen Leistungen der EDF-Leitung wird im allgemeinen durch die dirigistischen Maßnahmen der französischen Regierung, und zwar nicht nur durch die Preis-, sondern auch durch die Lohnkontrolle, ferner durch die direkte Produktionslenkung durch Kreditvergaben nach bestimmten übergeordneten Plänen eingedämmt. Im Rahmen dieses Gesamtplanes nimmt sich die wirtschaftliche Freiheit der öffentlichen EV sehr bescheiden aus ⁹⁸⁾. Es ist so auch nicht verwunderlich, daß trotz der großzügigen Investitionshilfe des Staates die EDF meist ihre Jahresbilanz mit Verlust abschließt ⁹⁹⁾, welchen der Staat im Rahmen seiner "Daseinsverpflichtung" übernehmen muß ¹⁰⁰⁾.

Im Ergebnis hat also das französische Recht eine sehr weitgehende kostenorientierte Differenzierung der Tarife geschaffen. Da diese Differenzierungen allein auf die Kostenverursachung bei den v. verpflichteten öVU abstellen, ist es für die Zus/ResV völlig unerheblich, ob der Abnehmer ebenfalls ein öVU oder ein Privatunternehmen (iEEr), ein reiner Verbraucher oder ebenfalls eine el. erzeugendes Unternehmen ist.

Die staatliche Preisgestaltung aber verfolgt oft wirtschaftsfremde politische Ziele, welche neben dem theoretisch nicht gelösten Problem der Festkostenverteilung die durch das Tarifrecht angestrebte Produktivitätsmaximierung der El. Wirtschaft infrage stellt.

C. DER ABSCHLUSSZWANG BEI DER INDUSTRIESTROMEINSPEISUNG UND DEM ELEKTRIZITÄTSTRANSPORT

Das französische El. Recht hat bisher als einziges innerhalb des EWG-Raumes für die Aufnahme industriellen Stroms in das öffentliche Netz eine Abschlußpflicht der öVU eingeführt. Diese Regelung in der VO n^o 55-662 vom 20.5.1955 ist deshalb für das gesamte El. Recht im EWG-Raum von großem Interesse. Ihr rechtlicher Inhalt kann nur im Zusammenhang mit der geschilderten französischen El. Wirtschaftsstruktur, der relativen El. Knappheit und der dem französischen El. Recht eigenen Entwicklung richtig gesehen werden. Deshalb seien die Gründe, welche zu der genannten VO geführt haben, kurz vorangestellt.

I. DIE GRÜNDE FÜR DIE GESETZLICHE REGELUNG DER KAUF- UND TRANSPORTPFLICHT

1. Die Lücken der Lex Armengaud

Das Gesetz vom 2.8.1949 sollte - wie erwähnt - der Knappheit des nationalen El. Angebotes durch das Ausschöpfen der privatwirtschaftlichen Erzeugungskapazitäten und durch den Anreiz zur privatwirtschaftlichen Investition in industriellen Eigenanlagen abhelfen. Schon bei den ersten konkreten Anwendungsfällen stieß man jedoch auf ernste Schwierigkeiten¹⁰¹⁾. Die EDF ist aufgrund ihres Transport- und Verteilungsmonopols einziger potentieller Abnehmer der el. Energie der von der Nationalisierung ausgenommenen Kleinkraftwerke und des von der Industrie erzeugten Überschußstroms. Weigerte sie sich, den Strom zu kaufen bzw. zu transportieren, waren die Kleinkraftwerke und insoweit die iEer zur Aufgabe ihrer el. wirtschaftlichen Tätigkeit überhaupt bzw. zur Aufgabe der Erzeugung von Überschußstrom gezwungen. In praxi hat die EDF zwar trotz Fehlens einer gesetzlichen Bestimmung gegenüber den Kleinkraftwerken einen Abnahmezwang anerkannt. Die eigentlichen Schwierigkeiten begannen bei der Frage, welcher Preis verlangt werden könne. Hier konnten nur detaillierte Einzelvorschriften die mitunter heftigen Konflikte beenden.

Schwierigkeiten bereitete auch der Transport des durch die Lex Armengaud zugelassenen industriellen Eigenbedarfsstrom zu örtlich getrennten Betriebsteilen. Die EDF bestritt in diesen Fällen ursprünglich die Pflicht zum Transport dieses Stroms über ihr Netz. Besondere Bedeutung sollte dabei der

Rechtsstreit der EDF gegen die Compagnie des Tramways Electriques d l'Ariège et de la Société Francaise des Mines de Seintin vor dem Tribunal de Commerce in Toulouse erlangen, der im zweiten Rechtszug am 1.2.1954 entschieden wurde ¹⁰²). Die EDF führte an, ihr sei die Konzession für das öffentliche Transport- und Verteilungsnetz ohne eine Verpflichtung zum Stromtransport für Rechnung privater Unternehmen erteilt worden. Es bestände auch keine sonstige Vorschrift, welche die EDF zum Transport oder zur Aufnahme von Strom aus privaten Quellen verpflichte. Die Unternehmer hielten dem entgegen, die EDF verfüge aufgrund des Art. 1 NatG über ein Monopol für den Energietransport. Sie sei daher gehalten, auch industriellen Strom zu transportieren, weil dadurch die industrielle Eigenerzeugung erst ermöglicht würde.

"Faute d'être admise à des conditions raisonnables, leur état d'enclaves dans le secteur public des condamne à disparaître et l'espoir qui leur a été laissé, aboutirait par une incidence paradoxale autant que préjudiciable pour l'économie nationale elle-même, à l'anéantissement sans contrepartie de leur activité" ¹⁰³).

Diese Argumentation, welche gleichermaßen für den El. Transport und die El. Einspeisung gilt, deckte die große Lücke auf, welche bei der Regelung des Verhältnisses zwischen der öffentlichen ELV und der durch die Lex Armengaud erheblich erweiterten industriellen El. Erzeugung bestand und die wirtschaftliche Nutzung der industriellen Energiequellen infrage stellte.

2. Die Entstehung der Verordnung vom 20.5.1955

Nachdem das Problem in dieser klaren Form gestellt worden war, konnte eine gesetzliche Regelung nicht lange auf sich warten lassen. Dazu die Cour d'Appel de Toulouse:

"... attendu que la structure juridique et le mécanisme technique de la coordination à établir à cet égard ne sont pas précisés par la loi; que les règlements d'administration publique prévus à cet effet n'ont pas encore été pris; qu'il s'agit en l'occurrence de l'organisation d'un service public et que pour être contenue en germe dans l'œuvre du législateur, l'obligation de transport, d'échange, de compensation d'énergie que ce dernier a envisagée à la charge d'EDF demeure purement virtuelle; ..." ¹⁰⁴).

Die Cour d'Appel von Toulouse hat mit Recht angenommen, die Pflicht zum Transport, Austausch und Ausgleich sei bereits "im Keim" in der Lex Armengaud enthalten und müsse lediglich in einer Vorschrift ausgesprochen und präzisiert werden, um der industriellen El. Erzeugung in der Volkswirtschaft einen sicheren Platz zu geben ¹⁰⁵⁾.

Armengaud hat, als er von diesem Problem erfuhr, sofort einen neuen Gesetzesvorschlag unterbreitet, um das Gesetz v. 2.8.1949 zu vervollständigen bzw. anwendbar zu machen. Dieser Vorschlag wurde vor dem Parlament und in verschiedenen Ausschüssen geprüft. Ein neuerer Vorschlag vom Ministerpräsidenten Edgar Faure und einzweiter von Armengaud führten jedoch ebensowenig wie der erste Entwurf zu einem Erfolg ¹⁰⁶⁾. Erst im Rahmen eines finanziellen Ausgleichsprogramms hat die Regierung, als sie Maßnahmen zur wirtschaftlichen Expansion beriet, die VO n^o 55-662 v. 20.5. 1955 in Anwendung des dazu ermächtigenden Gesetzes vom 2.4.1955 erlassen.

Aus den Motiven zu dieser VO seien folgende Erwägungen angeführt:

"En établissant le statut de la production autonome, et en codifiant les rapports de cette production avec EDF, on peut penser développer les installations de production privée en évitant tout désordre dans les activités de transport et de distribution assurées par EDF.

Le transport et la distribution de l'électricité étant nationalisés, l'écoulement de l'électricité disponible des producteurs autonomes ne peut être assuré qu'en imposant à EDF une obligation d'achat ou une obligation de transport, ou encore ces deux obligations

und

"Le gouvernement estime qu'il y a lieu dans le cadre de la mise en oeuvre du programme d'équilibre financier et d'expansion économique de prendre par décret, les mesures nécessaires. Ces mesures qui ne manqueront pas d'encourager le développement du secteur non nationalisé de la production, ont pour objet de déterminer les droits et obligations respectifs des services de distribution et de production autonome" ¹⁰⁷⁾.

Ähnlich lauten die Begründungen von Armengaud, welcher insbesondere betonte, es gelte in der Zeit nationaler Energieknappheit, die bestehenden oder doch zumindest potentiellen Energiequellen der Industrie zu nutzen

und von Faure, der ebenfalls die Beteiligung der industriellen Eigenerzeugung an der baldestmöglichen Befriedigung des Energiebedarfes befürwortete, wobei er auch auf die dadurch ermöglichte finanzielle Entlastung des Staatshaushaltes für die entsprechende Ausrüstung der EDF hinwies.

Der Zweck der VO n^o 55-662 ist daher darin zu sehen, die Arbeitsbedingungen der durch das Gesetz vom 2.8.1949 von der Nationalisierung freigestellten industriellen El. Wirtschaft zu verbessern, um so zur Verminderung der Energieknappheit eine schnellere Entwicklung der volkswirtschaftlich erwünschten billigen Industrieerzeugung herbeizuführen. Es handelt sich hier nicht um eine teilweise Revision der Nationalisierung. Das Monopol für den El. Transport und die -Verteilung ist ebenso unangetastet geblieben wie die Grenzen des Erzeugungsmonopols, wie sie durch die Lex Armengaud 1949 gezogen worden waren. Es sollte lediglich eine möglichst vollständige Ausnutzung aller vorhandenen Energiequellen sichergestellt werden.

II. DIE PFLICHT ZUM KAUF UND TRANSPORT VON INDUSTRIESTROM

1. Der Grundsatz der Kaufpflicht

a) Der SN als Verpflichteter

Art. 1 der VO n^o 55-662 verpflichtet die EDF, unter der Voraussetzung, daß dadurch keine Beeinträchtigung der El. Verteilung entsteht, zu den weiter unten beschriebenen Bedingungen, Energie aufzunehmen, welche in den Eigenanlagen i. S. des Art. 8 Abs. 3 Ziff. 3 bis 6 und Abs. 4 NatG i. d. F. von 2.8.1949 erzeugt worden ist. Die EDF ist danach ebenfalls gehalten, einen Kaufvertrag über diese Energie abzuschließen.

Dieser Vertrag kann auf Wunsch des Erzeugers für die Minstdauer der Amortisation seiner Anlagen geschlossen werden. Der Vertrag kann auch die Mindestmenge, welche der Erzeuger der EDF liefern und welche diese aufnehmen will, festlegen, wenn die Vertragsdauer auf Wunsch der EDF nicht 5 Jahre unterschreitet.

Die Verpflichtung zum Abschluß eines Kaufvertrages kann durch Verfügung des Industrie- und Handelsministers aufgehoben werden, wenn dieser feststellt, daß die gesamten auf dem französischen Festland bestehenden Produktionsmittel zu jeder Zeit ausreichen, der Energienachfrage zu wirtschaftlich zufriedenstellenden Bedingungen nachzukommen und die Mittel der ört-

lichen Verteilung ebenfalls ausreichen.

Gemäß Art. 5 der VO n^o 55-662 konnten die EDF und die iEer innerhalb Jahresfrist die Angleichung bestehender Kaufverträge an diese Vorschriften verlangen. Von dieser Möglichkeit ist allgemein Gebrauch gemacht worden. Sofern eine gütliche Einigung zwischen den Parteien nicht erreicht werden konnte, ist die Verwaltung schiedsrichterlich tätig geworden im Bemühen, das allgemeine Interesse der öffentlichen ELV mit dem der iEer in Einklang zu bringen¹⁰⁸⁾. Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, daß Art. 6 der VO n^o 55-662 die Energieeinspeisung in das öffentliche Netz von allen steuerlichen und sonstigen kommunalen Abgaben befreit.

b) Die übrigen öVU als Verpflichtete

Gemäß Art. 8 Abs. 1 der VO n^o 55-662 gelten die oben beschriebenen Pflichten auch für die örtlichen EL-Verteiler, die nach Art. 23 Abs. 1 NatG von der Nationalisierung ausgenommen wurden, soweit sich auf ihren V.Gebieten Eigenerzeuger i. S. des Art. 1 dieser VO befinden. Sollte wegen der Industriestromeinspeisung oder wegen eines regionalen Industriestrom-Transportes ein Energieaustausch mit der EDF erforderlich werden, sind mit ihr besondere Verträge abzuschließen, wobei sich auch der Minister für Industrie und Handel einschalten kann. Mit Art. 8 der VO n^o 55-662 wollte der Gesetzgeber offensichtlich eine unberechtigte, lediglich aufgrund der geographischen Lage beruhende unterschiedliche Behandlung der einzelnen iEer verhindern¹⁰⁹⁾.

Im Ergebnis gewährleistet die VO somit eine einheitliche Behandlung der iEer durch alle öVU, ohne daß danach unterschieden wird, in welchem Umfang die einzelnen Industrieunternehmen Strom erzeugen und selbst verbrauchen¹¹⁰⁾.

2. Der Grundsatz der Transportpflicht

Die öVU haben nicht nur den Überschußstrom unter den genannten Voraussetzungen zu übernehmen, sondern auch Industriestrom in ihren Leitungsnetzen zu transportieren, um so unnötige und unwirtschaftliche industrielle Parallelleitungen entbehrlich zu machen.

Art. 2 der VO n^o 55-662 schreibt der EDF vor, auf Wunsch eines iEer durch das von ihr betriebene Netz den Transport von in der Eigenanlage erzeugten Strom zu übernehmen, wenn der Erzeuger diese Energie in seinen getrennt liegenden Betriebsteilen nutzen oder bis zu drei Mutter- oder Toch-

tergesellschaften i. S. des Art. 7 NatG mit dem Eigenstrom versorgen will. Gemäß Art. 8 Abs. 1 der VO gilt diese Verpflichtung auch für die öVU i. S. des § 23 NatG.

Die öVU brauchen jedoch an die Empfänger des Industriestroms nur - unter Abzug der Leitungsverluste - diejenige Strommenge zu liefern, welche sie zur selben Zeit vom einspeisenden iEer erhalten. Unter Transport ist hier jedoch "achate - vente" zu verstehen ¹¹¹⁾. Die Gleichzeitigkeit von Einspeisung und Lieferung am Bestimmungsort kann insbesondere bei schwankender Leistung der Industriestromeinspeisung aus technischen und wirtschaftlichen Gründen nicht genau gewährleistet werden. Aus diesem Grunde müssen geringfügige Abweichungen zugelassen werden, wenn die Transportpflicht überhaupt einen praktischen Wert haben soll ¹¹²⁾. Ebenso wenig ist die genaue Berechnung der Transportverluste in einem Leitungsnetz ohne kostspielige elektronische Zählung möglich. Auch hier sind daher Pauschalierungen unvermeidlich. Zudem entsprechen die Industrie einspeisungen nur sehr selten dem wahren zeitlichen El. Bedarf der Transportadressaten. Insofern ist das örtlich zuständige öVU zur Lieferung des zusätzlich benötigten Stroms verpflichtet. Die Charakteristik dieser Zusatzlieferung ähnelt bei dem "Transport" des Stroms von Gegendruck- und Vorschaltturbinen der ZusV; bei dem "Transport" des hydraulisch gewonnenen Stroms ist der besonders ungünstige Gleichzeitigkeitsfaktor der ZusV zu berücksichtigen ¹¹³⁾. Die Leistung der Wasserkraftwerke fällt in der Regel gerade dann an, wenn die El. Kosten der weitgehend auf hydraulisch erzeugten Strom beruhenden ELV Frankreichs besonders hoch sind.

Schon allein diese Besonderheiten des "Transportes" zeigen, daß ein insolierter El. Transport über ein Leitungsnetz praktisch nur durchführbar ist, wenn im Verbund zusätzlich Zus/ResV vorgehalten wird und eine Pflicht zur Zus/ResV der öVU gegenüber den iEern besteht. Die Transportpflicht kann daher nur im Zusammenhang mit der allgemeinen V. Pflicht und den Tarifen für die Zus/ResV gesehen werden.

3. Die Transport- und Einspeisungsberechtigten

Die in Art. 1 und 2 VO n^o 55-662 zur Stromeinspeisung und zum El. - Transport berechtigten Unternehmen sind diejenigen, welche El. Erzeugungsanlagen i. S. des Art. 8 Abs. 3 Ziff. 3 bis 6 NatG betreiben. Maßgeblich sind allein die betriebenen El. Anlagen, nicht etwa die Rechtsform des Unternehmens oder der Gegenstand der Hauptproduktion. Alle hier interessierenden iEer sind also durch die Regelung erfaßt, wenngleich der Kreis der

durch die VO berechtigten Unternehmen nicht mit dem der Abnehmer von Zus/ResV identisch ist.

Nicht geregelt ist die Frage, ob nur die Eigentümer industrieller Anlagen berechtigt sein sollen. Es widerspricht weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der Art. 1 und 2 der VO, wenn sie auch zugunsten von Pächtern oder über- oder untergeordneten Konzernunternehmen, ferner zugunsten eines Unternehmens angewandt wird, welches im Verbund den Überschußstrom mehrerer iEer zusammengefaßt hat (Diese Fälle dürften jedoch regelmäßig wegen des Transportmonopols der EDF nicht praktisch werden). Maßgeblich dürfte allein die Frage sein, ob und inwieweit der wirtschaftlichen industriellen Stromerzeugung ermöglicht werden kann und inwieweit durch den Transport über das öffentliche Netz die Erstellung wirtschaftlich unsinniger Parallelleitungen der Industrie erspart werden können.

In der Regel wird als i. S. der Art. 1 und 2 der VO n^o 55-662 berechtigtes Unternehmen nur ein solches infrage kommen, welches mit dem Eigentümer der Eigenanlage eine "V. Einheit" im bereits erläuterten Sinne bildet oder dessen Mutter- oder Tochtergesellschaft ist (Art. 2 der VO n^o 55-662).

III. DIE BEDINGUNGEN UND PREISE DER EINSPEISUNG UND DES TRANSPORTES

1. Die Tarife der Industriestromeinspeisung

a) Die Tarife nach dem SN-Lastenheft

Nach Art. 27 des SN-Lastenheftes müssen die Einspeisungsverträge Vertragsmodellen entsprechen, welche vom mit der Elektrizität befaßten Minister genehmigt worden sind. Die Preise, welche der SN für die bezogene Energie zu bezahlen hat, müssen mindestens so hoch wie die im Anhang zum Lastenheft angegebenen sein; sie entsprechen grundsätzlich den SN-Verkaufspreisen abzüglich der Unkosten für die Verteilung¹¹⁴⁾. Erforderlichenfalls sind die tariflichen Vereinbarungen nach den in Art. 19 Abs. 3 des Lastenheftes beschriebenen niedrigeren Tarifen für nur teilweise garantierte Leistung zu treffen. Die Preise beruhen auf demselben Index wie die öffentlichen HochspannungsV. und verändern sich unter denselben Bedingungen wie die Verkaufspreise des SN.

Die Lieferbedingungen sind im Vertrag festzulegen. In jedem Fall besteht die Kaufpflicht des SN nur unter der Voraussetzung, daß die iEer

1. alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um beim Betrieb ihrer Anlagen keine Störung im Netz zu verursachen, insbesondere seine Anlagen nach den technischen Vorschriften unterhalten, welche der mit der Elektrizität befaßte Minister nach einem Gutachten des technischen Ausschusses für Elektrizität bestimmt.
2. einen Blindstrom, welcher dem des SN-Netzes entspricht, an welchem ihre Anlagen angeschlossen werden, zu liefern, ohne allerdings verpflichtet zu sein, jederzeit eine Blindleistung von mehr als 60 % der gleichzeitig gelieferten Wirkleistung einzuspeisen oder die notwendige Blindleistung zu kaufen.

Die iEer haben die Kosten für den Anschluß ihrer Eigenanlagen an das SN-Netz zur Einspeisung des Überschußstroms an den geeigneten Ort und zu einer der jeweiligen Leistung angepaßten Spannung zu tragen. Die technischen und finanziellen Vereinbarungen, welche sich hieraus ergeben, werden in jedem Fall in einem besonderen Vertrag zwischen dem SN und dem jeweiligen iEer niedergelegt.

Hinsichtlich der Anschlußleitungen bestimmt die VO n° 55-662 mit dem durch Dekret n° 65-813 v. 20.9.1965 in Art. 1 eingefügten Zusatz, daß die Bedingungen des Anschlusses der iEer-Anlagen an das EDF-Netz durch den mit der Elektrizität befaßten Minister festgelegt werden, welcher insbesondere mit Rücksicht auf die eventuellen Nutzungsmöglichkeiten der Anlagen für die Versorgung neuer Abnehmer, aber auch der besonderen wirtschaftlichen Nutzungsmöglichkeiten der jeweiligen Anlagen bestimmt, ob die Anschlußleitungen dem Hochspannungs- oder dem Verteilungsnetz einbezogen oder ob sie vom iEer betrieben werden. In diesem Fall bedürfen die Anschlußleitungen der permission de voirie i. S. des G 06 i. d. F. des G 25. Die Bedingungen und Preise für den Kauf und "Transport" el. Energie sind dagegen in dem SN-Lastenheft und den Lastenheftmustern geregelt.

Art. 27 des SN-Lastenheftes, welcher insofern durch die Regelung des Dekrets n° 65-813 nicht aufgehoben sein dürfte, bestimmt weiter, daß bei Leistungen von weniger als 3000 kW der SN die el. Energie spätestens nach 18 Monaten nach dem Antrag des iEers in sein Netz aufnehmen muß, wenn der Anschluß bis dahin durchgeführt werden kann.

Sollte bei der Durchführung dieser Vorschriften des Art. 27 des SN-Lastenheftes keine Einigung erzielt werden, entscheidet der mit der Elektrizität befaßte Minister nach einem Gutachten des Conseil supérieur de l'électricité et du gaz.

Zu diesen Bestimmungen in Art. 27 des SN-Lastenheftes sind im Anhang III zum Lastenheft folgende Tarife unterschieden worden:

1. Die garantierte Leistung muß dem SN während der Dauer von mindestens 5 Jahren zur Verfügung gestellt werden. Der Tarif enthält einen jährlichen Leistungspreis in kW für die garantierte gleichbleibende Bandleistung und einen Arbeitspreis in kWh für die gelieferte Arbeit. Er unterscheidet zwischen Lieferungen im Winter und im Sommer, während Spitzen-, Stark- und Schwachlastzeiten. Der Leistungspreis entspricht dem des SN-Stromes, wobei jedoch je nach Spannungshöhe verschiedene Abschläge berechnet werden; dasselbe gilt auch für den Arbeitspreis, bei welchem andere Abschläge vorgenommen werden. Diese Abschläge sind alle 5 Jahre revisibel, wenn zwischenzeitlich eine Änderung der mittleren Verteilungsentfernung eingetreten sein sollte. Abgesehen von diesen Abschlägen besteht vollkommene Parallelität des Kaufs- und Verkaufstarifes des SN ¹¹⁵⁾.

2. Bei der teilweise garantierten Lieferung werden 3 Arten unterschieden:

a) Die programmierte Lieferung ermöglicht ab freitags eine wöchentliche Einsetzung im Fahrplan, wobei eine gleichmäßige Leistung mit höchstens 3 Abstufungen (eine davon in der Schwachlastzeit) zur Verfügung gestellt werden muß. Die Spitzenlast-Leistung muß mindestens so hoch sein wie die Schwachlast-Leistung.

b) Die diagrammierte Lieferung hat der programmierten zu entsprechen, ist jedoch auf die Dauer eines Tages beschränkt und braucht erst am Vortag angegeben zu werden.

c) Als ungesicherte Lieferung wird diejenige Industriestrom-Einspeisung behandelt, welche weder pro- noch diagrammiert werden kann.

Der Kauftarif für teilweise garantierte Leistung enthält keinen jährlichen Leistungspreis. Die Arbeitspreise ergeben sich aus dem Produkt der Nettopreise entsprechender garantierter Lieferungen mit einem Koeffizienten. Dieser Koeffizient ist bei den drei Gruppen verschieden ¹¹⁶⁾. Er soll die Verteilungskosten, evtl. auch die Beeinträchtigung der Investition ¹¹⁷⁾ entgelten.

Für die Leistungsmessung gilt das Mittel von 10 Minuten. Beim Absinken der Leistung unter die Garantiegrenze wird der Leistungspreis für den entsprechenden Monat herabgesetzt. Diese Minderung wird nach dem entsprechenden Res. Lieferungsvertrag berechnet. Der iEEr kann sich gegen derartige Minderungen durch Abschluß eines Zus./ResV. vertrages sichern.

Bei der pro- und diagrammierten Leistung gilt als Unterschreiten der Leistungsgrenze das Absinken unter 95 % der vereinbarten Leistung, was bei der pro- wie diagrammierten Leistung die Behandlung der gesamten betreffenden Tageslieferung als ungesicherte Lieferung zur Folge hat. Beim Unterschreiten der Grenzen der programmierten Leistung an 3 Wochentagen wird die gesamte Wochenlieferung als ungesichert behandelt.

b) Die Tarife nach den Lastenheftmustern für die örtlichen Versorgungsunternehmen

Nach Art. 27 der Lastenheftmuster für die lokalen Verteilerkonzessionen haben die Kaufverträge der örtlichen öVU und iEEr den vom mit der Elektrizität befaßten Minister genehmigten Vertragsmustern zu entsprechen. Die Mindestpreise, welchen der el. wirtschaftliche Index zugrunde liegt, ergeben sich aus den o. a. Tarifen für den SN und ändern sich mit ihnen. Für die Einspeisung in das Netz der örtlichen öVU gelten dieselben Bedingungen hinsichtlich der Störungsfreiheit der angeschlossenen Anlagen, der Blindstromklausel und der Anschlußkosten wie bei der Einspeisung in das SN-Netz. Allerdings gilt die 18-Monats-Frist für die Aufnahme von Industriestrom für sämtliche Einspeisungen, es sei denn, die Anschlußanlagen könnten in dieser Zeit nicht erstellt werden. Die technischen und wirtschaftlichen Vereinbarungen müssen auch hier in einem besonderen Vertrag getroffen werden, welcher zu den von dem mit der Elektrizität befaßten Minister bestimmten Bedingungen zu erfolgen hat.

Die Tarife des SN und der Lastenheftmuster für die örtlichen öVU für die Industriestrom-Einspeisung lehnen sich also grundsätzlich an die kostenorientierten Verkaufstarife des SN für den hochgespannten Strom an, wenn bei den einzelnen Differenzierungen auch zu ungunsten der iEEr Preisabschlüsse vorgenommen werden, welche nicht immer an den entsprechenden tatsächlichen Kosten angelehnt sind. Der Parallelbetrieb wird dadurch erheblich erleichtert. So wurde z. B. zwischen der Centrale Siderurgique de Richemont (CSR), ein Gemeinschaftskraftwerk 6 lothringischer Zechen, und dem SN eine Konvention abgeschlossen, aufgrund welcher der gegenseitige Energieaustausch nur per saldo berechnet wird, sofern gleiche Stromqualität vorliegt ¹¹⁸).

2. Die Tarife des Industriestromtransportes

a) Die Tarife nach dem SN Lastenheft

Wie die Verträge des SN mit den iEern über die Industriestromeinspeisung müssen die Verträge über den Transport von Industriestrom gemäß Art. 28 des SN-Lastenheftes den vom mit der Elektrizität befaßten Minister genehmigten Vertragsmustern entsprechen. Für den Transport und die etwa erforderlichen Umspannungen dürfen die im Anhang IV zum SN-Lastenheft aufgeführten Höchstpreise nicht überschritten werden. In Einzelfällen sind diese Preise den besonderen Tarifen für teilweise garantierte Energie anzupassen. Die Höchstpreise beruhen auf dem el. wirtschaftlichen Hochspannungs-Index und ändern sich wie die Verkaufstarife und sind unter den nämlichen Bedingungen revisibel.

Die Transportbedingungen sind in einem besonderen Tarif geregelt. Der SN ist in jedem Fall nur dann zum Anschluß der El. Erzeugungs- bzw. El. Verbrauchsanlagen und zur Unterhaltung dieser Anschlüsse verpflichtet, wenn diese Anlagen so eingerichtet und unterhalten werden, daß alle Störungen des öffentlichen Netzes vermieden werden; die Anlagen müssen insbesondere den technischen Vorschriften entsprechen, wie sie nach dem Gutachten des technischen El. Ausschusses vom mit der Elektrizität befaßten Minister festgelegt worden sind.

Die iEer haben die Kosten für den Anschluß der Erzeugungsanlage zu tragen; für die Kosten des Anschlusses der el. verbrauchenden Anlage gelten die allgemeinen Vorschriften über die Kosten des Anschlusses an das Hochspannungsnetz (Art. 8 des SN-Lastenheftes). Die technischen und finanziellen Vereinbarungen werden auch hier jeweils in einer besonderen Konvention zwischen der EDF-SN und dem iEer getroffen. Sofern der Anschluß der Erzeugungs- und Verbrauchsanlagen über den geregelten Bereich des Lastenheftes hinausgeht, hat der iEer alle Kosten zu tragen, welche dem SN oder dem örtlichen öVU, an dessen Netz der Anschluß erfolgen muß, durch den El.-Transport entstehen. Die betroffenen örtlichen öVU schließen mit dem SN eine besondere Konvention über die Bedingungen des Transportes ab.

Sollte über Einzelheiten dieser Bestimmungen des Art. 28 des SN-Lastenheftes keine Einigung erzielt werden, wird der mit der Elektrizität befaßte Minister nach Einholung eines Gutachtens des technischen El. Ausschusses die streitigen Punkte festlegen.

Der in der Anlage IV zum SN-Lastenheft geregelte Transportpreis umfaßt einen kilometrischen Jahresbetrag und einen solchen für die Anschluß-

und Schutzanlagen. Die Transportverluste werden unterschiedlich je nach den transportierten Strommengen bewertet. Als Transportweg gilt die nach den geltenden technischen und Verwaltungsregeln kürzeste Verbindung zwischen dem Ort der Einspeisung des Industriestroms und dem Ort des Anschlusses an die Verbrauchsanlagen. Die Spannung, nach welcher sich die Gebühr des kilometrischen Jahresbetrages richtet, wird durch die bereits erwähnten Regelungen für die normale Hochspannungsv nach Art. 8 Ziff. a des SN-Lastenheftes bestimmt. Die Jahresbeträge für die jeweilige Spannung und Transportverluste sind in einer Zahlentafel aufgeführt. Die Tarifbestimmungen sind nur auf den Transport solchen Stroms anwendbar, bei welchem der Blindstrom zu keiner Zeit 60 % des Wirkstroms überschreitet.

Die Vertragsdauer beträgt mindestens 5 Jahre. Waren jedoch bei Abschluß des Transportvertrages außer dem Anschluß noch der Bau anderer Anlagen erforderlich oder hat sich der iEer in den folgenden 5 Jahren aufgrund der normalen Verbrauchsentwicklung zum Bau neuer Anlagen entschlossen, so kann der Vertrag bis auf 20 Jahre abgeschlossen werden.

Die Transportbedingungen und Tarife des SN-Lastenheftes lassen zwar wie bei entsprechenden Bedingungen und Preisen der Zus/ResV und Industrie-strom-Einspeisung in das öffentliche Netz den Wunsch nach einer kostenechten Tarifierung erkennen. Die iEer (Association Nationale des Usagers d l' Electricité et du Gaz) weisen jedoch darauf hin, daß die im SN-Lastenheft festgesetzten Preise ihnen nur selten einen "Transport" in Anwendung dieser Vorschriften erlaubt. Sie ziehen meist den Verkauf des Überschußstroms am Erzeugungs- und den normalen Stromkauf am Verbrauchsort vor. Auf diese Weise verlieren die erheblichen, teilweise technisch und wirtschaftlich bedingten Pauschalierungen, insbesondere die kaum noch kostengerechte Vereinheitlichung des kilometrischen Kostenanteils, ihre Bedeutung.

b) Die Tarife der örtlichen öffentlichen Versorgungsunternehmen

Weder das Lastenheftmuster im Anhang zum Dekret n^o 60-1288 v. 22.11.1960 für die EDF-Betriebe noch das im Anhang zu dem Dekret n^o 62-652 v. 23.5.1962 für die öVU i. S. des Art. 23 NatG kennt eine dem Art. 28 des SN-Lastenheftes entsprechende Bestimmung über die Preise und Bedingungen des El. Transportes, obwohl Art. 8 der VO n^o 55-662 ausdrücklich festgestellt hat, daß die Transportpflicht auch für die öVU i. S. des Art. 23 NatG gilt und damit klar zum Ausdruck gebracht hat, daß die Transportpflicht auch allgemein für die örtlichen öVU verbindlich sein soll. Nun dürfte der El. Transport über das Netz eines örtlichen öVU innerhalb dessen

V. Gebiet selten sein, da in diesen Fällen oft kurze industrieeigene Leitung bevorzugt werden¹¹⁹⁾. In den übrigen Fällen können sich die örtlichen Verteiler dem Abschluß eines Transportvertrages nur mit der Begründung widersetzen, die örtliche Verteilung würde dadurch beeinträchtigt (Art. 3 der Lastenheftmuster). Die Preise und Bedingungen des Transportes über das örtliche Netz sind möglicherweise deshalb nicht festgelegt worden, weil die Lastenheftmuster vom 22.11.1960 und 23.5.1962 die bestehenden Lastenhefte der Konzession nicht aufgehoben haben und die bestehenden Regelungen auch recht erhalten wurden. Sofern jedoch ein Neuabschluß erforderlich ist, dürfte bei den Betrieben der EDF, welche an das SN-Netz angeschlossen sind, keine praktischen Schwierigkeiten entstehen. Dies ist auch die Ansicht der Association Nationale des Usagers de l'Electricité et du Gaz. Hier werden die Bestimmungen des Art. 28 des SN-Lastenheftes entsprechend herangezogen werden. Dasselbe kann wohl auch für die örtlichen Verteiler i. S. des Art. 23 NatG angenommen werden.

In der Praxis sind diese Fragen in Frankreich bisher nicht aufgetaucht, dürften jedoch kaum die Gerichte beschäftigen, da im Falle, daß eine gütliche Einigung nicht zustande kommt, der mit der Elektrizität befaßte Minister die Preise und Bedingungen festlegen wird, welche in der Regel denen des Art. 28 des SN-Lastenheftes entsprechen werden. An einer solchen Regelung werden die IEEr aber meist gar nicht interessiert sein und dem "Transport" die Kombination von Verkauf des industriellen Stroms am Erzeugungsort und normaler Kauf Hochspannungsstrom vom SN-Netz am Verbrauchsort vorziehen.

3. Die staatliche Preisgestaltung

Dem Preis des El. Transportes über das SN-Netz ist ebenso wie den Preisen des SN-Stroms oder des Industriestroms der el. wirtschaftliche Hochspannungs-Index zugrunde gelegt worden¹²⁰⁾. Dasselbe gilt regelmäßig auch für die nach den Lastenheftmustern neu vereinbarten Transportverträge über das örtliche Netz der EDF-Betriebe oder der Verteiler i. S. des Art. 23 NatG.

Da z. Zt. die Preisgleitklausel jedoch nicht gilt, sondern der Staat die Preise festsetzt, sind also auch die "Transport"-Preise auch abgesehen von den o. erwähnten Pauschalierungen nicht notwendig kostenecht.

D. DIE ENERGIERECHTLICHEN PFLICHTEN DER INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGER

Nach den bisherigen Untersuchungen haben die iEer gegen die öVU ein Recht auf Zus/ResV, auf Abnahme und Transport ihres eigenerzeugten Stroms. Es soll nun geprüft werden, ob auch die iEer ihrerseits im energetischen Parallelverkehr Pflichten gegenüber den öVU zu erfüllen haben, welche ihre Vertragsfreiheit einengt.

I. DER GRUNDSATZ DER FREIWillIGKEIT IM PARALLELVERKEHR

Der französische Gesetzgeber hat durch das NatG zum Ausdruck gebracht, die gesamte El. Wirtschaft solle in dem Umfang verstaatlicht sein, als sie für die öffentliche ElV erheblich ist. Wie bereits festgestellt, ist dieser el. politische Grundsatz weder durch die Lex Armengaud noch die VO n^o 55-662 wesentlich durchbrochen worden, wenngleich beide dem Ziele dienen, die industrielle Stromerzeugung als subsidiäre Energiequelle mit in die nationale Energiebilanz einzubeziehen. Die EigenV der Industrie, welche einen erheblichen Teil der gesamten französischen El. Erzeugung ausmacht, wird hierbei jedoch grundsätzlich als Betriebsinternum betrachtet, welches in diesen Vorschriften zur Entlastung der öffentlichen ElV begünstigt, nicht aber als ihr Bestandteil behandelt wird.

1. Die Freiheit zur Wahl der Zusatz- und/oder Reserveversorgung

Die Behandlung der industriellen EigenV als betriebsinterne Angelegenheit führt konsequenterweise zur Entscheidungsfreiheit der Industrieunternehmen, ob und inwieweit er Eigenanlagen aufstellt. El. wirtschaftliche Vorschriften, die diese Wahlfreiheit beengen, gibt es nicht. Dem iEer ist es ebenso freigestellt, ob er eine vollständige oder nur teilweise EigenV wählt.

Dieser Entscheidungsfreiheit kommt eine el. wirtschaftliche Ordnungsfunktion zu. Die Tarifierung der VollV einerseits und die der Zus/ResV andererseits ist wirtschaftstheoretisch - abgesehen von einigen Pauschalierungen - rein kostenorientiert. Die Bedingung und Preise bereits abgeschlossener Verträge werden den Industrieunternehmen durch Auslage in den Büros der öVU transparent gemacht. Die Industrie wird dadurch befähigt, einen

Kostenvergleich zwischen dem vollständigen oder teilweisen El. Bezug von den öVU bzw. der vollständigen EigenV anzustellen und so den für sich und damit auch für die Gesamtwirtschaft billigsten Weg auszuwählen. Das kostenorientierte El. Angebot der monopolisierten öVU und das Wirtschaftlichkeitsstreben der privatwirtschaftlichen Unternehmen sorgt bei der EIV der Industrie für die Nutzung der wirtschaftlichsten Energiequellen.

Eine Pflicht der Industrieunternehmen, die günstigste Lösung zu wählen, ist so entbehrlich und damit auch entsprechende komplizierte Vorschriften.

2. Die Freiheit bei der Industriestromeinspeisung

Ähnlich wie bei der Zus/ResV durch die öVU ist es grundsätzlich in das Belieben der Industrie gestellt worden, ob und inwieweit sie anfallenden Überschußstrom ihrer wirtschaftlich arbeitenden Eigenanlagen zu den bereits erörterten Bedingungen und Preisen an das öffentliche Netz abgeben. Auch hier besteht in el. wirtschaftlichen Normalzeiten keinerlei Zwang. Von einer Verpflichtung zur Errichtung von Eigenanlagen oder zur Einspeisung von Industriestrom in das öffentliche Netz wurde deshalb abgesehen, weil eine derartige Verpflichtung einen zu erheblichen Eingriff in die unternehmerische Wirtschaftsführung und in die freie Wirtschaftsstruktur bedeuten hätte, zumal derartige Anlagen erhebliche Investitionen erfordern. Der Erfolg der VO n^o 55-662 wäre sicherlich ausgeblieben, wenn die Industrie zugleich zur - kaum bestimmaren - El. Abgabe herangezogen worden wäre. Sie hätte sich möglicherweise ganz aus dem El. Geschäft zurückgezogen. In der Praxis sind französische iEEr bisher auch noch nicht dazu angehalten worden, Überschußstrom zu erzeugen bzw. vorhandenen oder ohne wirtschaftlichen Aufwand erzeugbaren in das öffentliche Netz einzuspeisen. In absehbarer Zeit wird dieser Fall auch nicht zu erwarten sein.

Dies steht insofern in einem gewissen Widerspruch zur Verstaatlichung der öffentlichen EIV, als ein nicht unerheblicher Teil der nationalen El. Erzeugung aus privatwirtschaftlich geführten Erzeugungsanlagen stammt. Dieser Widerspruch ist darauf zurückzuführen, daß der französische Gesetzgeber und die französische Regierung die Industriestrom-Einspeisung in erster Linie nicht als eine volkswirtschaftlich optimale Nutzung vorhandener Energiequellen, sondern die industrielle El. Erzeugung als subsidiäre Stromquelle zur Verminderung der El. Knappheit betrachtet. Dies wird insbesondere

in Art. 1 Abs. 3 der VO n^o 55-662 deutlich. Danach entfällt die Abnahmepflicht der öVU für Industriestrom, wenn der Industrie- und Handelsminister durch Verfügung feststellt, die Gesamterzeugung der öVU könne die bestehende Nachfrage in Frankreich selbst befriedigen. Die Nutzung von Industriestrom hat also nur einen vorläufigen Charakter. Die sich el. wirtschaftlich betätigenden Industrieunternehmen werden strukturell nicht als Träger der öffentlichen ELV betrachtet. Die Lex Armengaud und die VO n^o 55-662 sollten lediglich eine Entlastung der angespannten Lage in der öffentlichen ELV herbeiführen, ohne daß von dem grundsätzlichen Monopol der staatlichen bzw. sich im Eigentum der Kommunen und Kommunalverbänden befindlichen öVU für die öffentliche ELV zugunsten der iEer abgewichen worden wäre. Aus diesem Grunde sind den iEern hinsichtlich des Überschußstroms weder die Rechte noch Pflichten der öVU übertragen worden.

Bei der öffentlichen Zus/ResV und bei der Industriestromeinspeisung in das öffentliche Netz ist daher auf Kosten der Handlungsfreiheit der öVU den Industrieunternehmen völlig freie Hand gelassen worden, ob und inwieweit sie Verträge mit den öVU abschließen.

II. DIE BESCHRÄNKUNG DER ENTSCHEIDUNGSFREIHEIT BEIM ELEKTRIZITÄTSTRANSPORT

Im Gegensatz zur Zus/ResV und der Industriestrom-Einspeisung, bei welchem dem Gesetzgeber bzw. der Regierung offenbar die Tarifgestaltung eine ausreichende Orientierung und Sicherung einer el. wirtschaftlich optimalen Zusammenarbeit zwischen öVU und iEer zu sein schien und deshalb auf eine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Industrieunternehmen verzichtet wurde, hat er die Entscheidung über die Art des Transportes industriellen Stroms weitgehend den iEern entzogen.

Gemäß Art. 2 und 3 der VO n^o 55-662 hat der iEer zwar theoretisch die Wahl, getrennt gelegene Betriebsteile sowie bis zu 3 Mutter- oder Tochtergesellschaften entweder über eine eigene Leitung zu versorgen oder den El. Transport über das öffentliche Netz durchführen zu lassen. Wie bei der Zus/ResV und der Überschußstrom-Einspeisung kann er sich auch anhand des Tarifes und den Preisen und Bedingungen abgeschlossener entsprechender Transportverträge des betreffenden öVU die Transportkosten eines Transportes über das öffentliche Netz errechnen und den Kosten für die Errichtung und den Unterhalt einer eigenen Leitung gegenüberstellen ^{121) 122)}.

Art. 3 der VO n° 55-662 bestimmt jedoch, daß die Verbindungsleitungen der in Art. 1 dieser VO genannten Eigenerzeuger nur dann zu den Betriebsteilen und Mutter- und Tochtergesellschaften verlegt werden dürfen, wenn sie eine notwendige Ergänzung der Produktionsanlagen darstellen, und dies durch eine ministerielle Entscheidung bestätigt worden ist ¹²³⁾. Aufgrund dieser Bestimmung trifft über die Transportleitung praktisch der mit der Elektrizität befaßte Minister, d. h. gemäß Art. 9 der VO n° 55-662 die Minister für Finanzen und Wirtschaft und für Industrie und Handel die Entscheidung. Im allgemeinen werden diese zwar die Kosten beider möglichen Transportarten gegenüberstellen und Parallelleitungen zu bestehenden öffentlichen Linien wegen der damit verbundenen Verschwendung von Kapital zu verhindern suchen ¹²⁴⁾. Sie werden aber auch sonstige Belange, wie z. B. die Beeinträchtigung von Landschaft, Gewerbe- und Wohngebieten durch eine zusätzliche Industrieleitung, das Vorhandensein öffentlicher Mittel für die Finanzierung der Anlagenkosten bei dem transportierenden öVU berücksichtigen. In jedem Fall werden sie zunächst prüfen, ob die Transport-Adressaten wirklich nur einen eigenen Betriebsteil des Strom liefernden iEers bzw. dessen Tochter- oder Muttergesellschaft darstellen.

Im Ergebnis wird die ministerielle Entscheidung zweifellos die Zahl und die Bedeutung der industrieeigenen Transportleitungen vermindern und nur solche zulassen, welche nicht nur unter Berücksichtigung der Privatinteressen des iEers, sondern auch unter Abwägung der Vor- und Nachteile für die Allgemeinheit von Nutzen sind ¹²⁵⁾. Gerade weil die letzteren Gründe nicht allein wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung tragen, wurde hier die Privatautonomie der iEer eingeschränkt.

III. DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT DER INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGER

Die iEer haben in el. wirtschaftlichen Normalzeiten als Stromerzeuger bezüglich der öffentlichen ELV in Frankreich keinerlei außervertragliche Lieferungspflichten. Wie wir bereits gesehen haben, räumen die Lex Armengaud und die VO n° 55-662 den iEern lediglich Rechte ein, ohne ihnen Pflichten aufzuerlegen. Sie verfügen über eine vollständige Abschlußfreiheit, welche sich freilich auf die wirtschaftlichen Beziehungen zu dem jeweils einzigen "zuständigen" öVU beschränkt.

1. Die Requisition

Die Freiwilligkeit el. wirtschaftlicher Betätigung der Industrie wird jedoch bei einer starken nationalen El. Verknappung erheblich eingeschränkt. So können z. B. aufgrund des Art. 8 Abs. 2 NatG die von der Verstaatlichung ausgenommenen El. Erzeugungsanlagen, welche für die öffentliche Versorgung eine nur nebensächliche Bedeutung haben, ebenfalls im Notfall zugunsten der öffentlichen Versorgung in dem Umfang eingezogen (réquisitionnés) werden, als die Elektrizität nicht zum Eigengebrauch benötigt wird.

Im übrigen bestimmt Art. 1 der VO n^o 50-459 v. 21.4.1950:

"Die Elektrizität ..., welche in nicht nationalisierten Anlagen oder in Anlagen unter die Regelungen des Art. 8 des Gesetzes v. 8.4.1946 über die Nationalisierung der Elektrizität und des Gases i. d. F. des Gesetzes v. 2.8.1949 fallender Unternehmen erzeugt wird oder werden kann, können im Falle des Nichtzustandekommens gütlicher Einigung oder im Notfalle in dem Umfang, in dem sie von den Unternehmen nicht für den Bedarf ihrer Tätigkeit gebraucht wird, den öffentlichen Anstalten, welche durch das genannte Gesetz geschaffen oder aufrechterhalten worden sind, im Wege der nach den Vorschriften dieser VO durchgeführten Requisition zur Verfügung gestellt werden" (26).

Es folgen die einzelnen Bestimmungen dieser durch zu begründende Verfügung des mit der Elektrizität und Gas befaßten Ministers auszusprechenden Einziehung, welche die Menge und Qualität des einzuspeisenden Stroms genau festlegt. Im Streitfalle entscheiden Schiedsgerichte nach einem Verfahren gemäß Art. 18 NatG i. V. m. der VO n^o 50-791 v. 24.6.1950.

Die Requisition greift - wenn auch nur befristet - im erheblichen Masse in die wirtschaftliche Struktur der betreffenden Industrieunternehmen ein. Sie ist deshalb nur in schwersten Notzeiten als Notstandsmaßnahme zu verstehen.

2. Das Verbot des "refus de vente" und die industrielle Eigenerzeugung

Die beschränkte Anwendbarkeit dieses Notstandsrechtes wirft die Frage auf, ob und inwieweit die iEer in anderen Fällen, in denen gleichwohl ein Strommangel herrscht, zur öffentlichen Versorgung mit herangezogen werden kann. El. rechtliche Sondervorschriften zu dieser Frage fehlen. Sie ist bisher auch nicht praktisch aufgetaucht und deshalb im El. Recht nicht behandelt worden, zumal bisher die allgemeine Aufmerksamkeit lediglich auf die etwaige Pflicht der öVU zur Abnahme von Überschußstrom gerichtet war.

Es ist daher zu prüfen, ob hier allgemeine Vorschriften herangezogen werden können. Hierbei ist an das Institut des Verbotes der "Verkaufsverweigerung" (refus de vente) zu denken. Art. 37 Ziff. 1 lit. a der PreisVO n^o 45-1483 v. 30.6.1945 i. d. F. der VO v. 24.6.1958 lautet ¹²⁷⁾:

"Der Praxis unerlaubter Preise wird der Umstand gleichgestellt,

1. daß ein Hersteller, Kaufmann, Industrieller oder Handwerker

a) sich weigert, nach Maßgabe seiner Versorgungsmöglichkeit und zu handelsüblichen Bedingungen die Bestellungen von Warenkäufen oder Dienstleistungen zu erfüllen, wenn diese Bestellungen keinen ungewöhnlichen Charakter zeigen, von gutgläubigen Bestellern ausgehen und der Warenverkauf oder die Dienstleistungen weder gesetzlich noch durch eine Regelung der Behörde verboten ist, sowie gewohnheitsmäßig diskriminierende Verkaufsbedingungen oder Kaufpreiserhöhungen zu handhaben, die nicht durch entsprechende Erhöhungen der Selbstkosten der Lieferung oder Dienstleistung gerechtfertigt sind ..."

Diese Bestimmung bezieht sich auf gewerbsmäßige Verkäufer ¹²⁸⁾. Gerade deshalb ist es zweifelhaft, ob die iEer hinsichtlich des Überschußstroms als solche anzusehen sind, weil sie die Überschußenergie nur aufgrund und i. R. der bei ihrer Haupterzeugung anfallenden Abfallprodukte oder Restenergien erzeugen. Ob und inwieweit sie die ihnen zur Verfügung stehenden besonders wirtschaftlichen Energieträger verstromen wollen oder nicht, ob sie endlich und in welchem Umfang diesen Strom an Dritte abgeben wollen, ist ihnen trotz der PreisVO freigestellt. Ferner kommt als Abnehmer nur das jeweils einzige zuständige öVU in Betracht. Im übrigen erfordert der Verkauf

von Überschußstrom meist erhebliche Investitionen und ist je nach den technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen des iEers und des öVU völlig individuell bestimmt. Es liegt also nicht der typische, dem Art. 37 der PreisVO zugrunde liegende Sachverhalt der zum Verkauf bestimmten Massenprodukte vor. Französische El. Rechtler¹²⁹⁾ sind daher der Auffassung, Art. 37 könne keine Anwendung finden. Diese Auffassung wird wohl der des Gesetzgebers über die Nutzung industriellen Stroms entsprechen. Neben der Requisition als *lex specialis* ist für das Verbot des "refus de vente" kein Raum.

Wie sich die Rechtspraxis allerdings im konkreten Falle bei Energieknappheit entscheiden würde, ist nicht mit Sicherheit vorauszusagen. Diese Frage dürfte allerdings kaum je eine praktische Bedeutung erlangen, da die iEer in der Regel selbst daran interessiert sein werden, i. R. der Wirtschaftlichkeit überschüssige Energie an das öffentliche Netz abzugeben.

E. DIE REGELUNG DES WETTBEWERBS ZWISCHEN DEN ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN UND DEN INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGERN

Die bisherigen Untersuchungen haben die grundsätzliche energierechtliche Bindung der Vertragsfreiheit der monopolisierten öVU und der iEEr beim Abschluß und der Gestaltung von Parallelverkehrsverträgen gezeigt, welche nicht immer einem kostengerechten Wettbewerb zwischen beiden el. wirtschaftlichen Unternehmensgruppen entspricht.

Im folgenden soll dargestellt werden, ob und inwieweit das Wettbewerbsrecht eine weitere Bindung herbeiführt und der mit der Elektrizität befaßte Minister in Einzelfällen bei technisch und wirtschaftlich besonders gelagerten Fällen Sonderverträge zuläßt.

I. DIE PRIVATRECHTLICHE NATUR DER PARALLELVERKEHRSVERTRÄGE

1. Die Rechtsnatur der Zusatz- und Reserveversorgung durch die öffentlichen Versorgungsunternehmen

Das Wettbewerbsrecht kann nur bei privatrechtlichen Verträgen angewandt werden. Schon aus diesem Grunde ist es zweifelhaft, ob die Zus/ResV den Wettbewerbsvorschriften unterliegt, da die öffentliche ELV nationalisiert, das Recht zur El. Verteilung durch Konzession hoheitlich verliehen und die Lieferungspflicht und Lieferungsbedingungen und -preise in den Lastenheften hoheitlich festgelegt werden.

Eine positive el. rechtliche Bestimmung dieser Frage findet sich weder im G 06 über die El. Verteilung, im NatG noch dem SN-Lastenheft sowie den Lastenheftmustern für die örtlichen Verteiler. Diese Vorschriften regeln nur die Rechtsverhältnisse zwischen dem Konzedenten und dem Konzessionär, welche auch die Streitigkeiten über den Inhalt der Lastenhefte umfassen. In allen diesen Fällen ist unstreitig das Verwaltungsgericht zuständig¹³⁰⁾. Die convention wird als contract administratif angesehen. Demgegenüber wird der V. Vertrag zwischen dem öVU und iEEr jedoch allgemein in Rechtsprechung und Lehre als ein privatrechtlicher Vertrag¹³¹⁾, und zwar als Kauf¹³²⁾ betrachtet. Nach der Nationalisierung wurde dieses Ergebnis bisweilen mit dem NatG ausdrücklich betonten industriellen und handelsrechtlichen Status der EDF begründet¹³³⁾. Die privatrechtliche Natur des V. Vertrages ändert

nichts daran, daß Streitigkeiten über die Abschlußpflicht, ihren Umfang und beispielsweise die Höchstarife präjudizielle Fragen aus dem Lastenheft sind, welche vor dem Verwaltungsgericht geklärt werden müssen.

2. Die Rechtsnatur der Kauf- und Transportverträge

Die Verträge über den Kauf und Transport industriellen Stroms durch die öVU sind ebenso wie die Zus/ResV. Verträge bis in die Einzelheiten durch das jeweilige Lastenheft bestimmt. Zudem sind die Kompetenzen des mit der Elektrizität befaßten Ministers in den Art. 1, 2 und 8 der VO n^o 55-662 und in Art. 27 und 28 des SN-Lastenheftes und Art. 27 der Lastenheftmuster für die örtlichen Verteiler sehr weit gezogen. Es könnte hier umso mehr bezweifelt werden, ob überhaupt noch eine freie Willensbildung im Rahmen eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses vorliegt ¹³⁴). Diese Frage ist ebenfalls in keiner positivierten Regelung behandelt und deshalb öfters untersucht worden. Übereinstimmend wird festgestellt, die ministeriellen Handlungen i. S. z. B. des Art. 1 Abs. 5 der VO n^o 66-662 und des Art. 27 letzter Abs. stellten eine hoheitliche Entscheidung dar ¹³⁵), und zwar nach Vedel einen normativen Hoheitsakt ¹³⁶), welche nur verwaltungsgerichtlich nachgeprüft werden könne ¹³⁷).

Die privatrechtliche Natur des Kauf- oder Transportvertrages wird dadurch jedoch nicht berührt. Das Zivilgericht hat lediglich die Rechtmäßigkeit der ministeriellen Entscheidung als präjudizielle Vorfrage vom Verwaltungsgericht prüfen zu lassen ¹³⁸), bleibt jedoch für alle Fragen der Auslegung und der Durchführung des geschlossenen Vertrages sowie für den Schadenersatzanspruch im Falle der Weigerung des öVU, einen durch die ministerielle Entscheidung bestimmten Vertrag zu schließen, zuständig ¹³⁹).

II. DIE NICHTANWENDBARKEIT DES WETTBEWERBSRECHTES AUF DEN INNERFRANZÖSISCHEN PARALLELVERKEHR

Die privatrechtliche Natur des el. wirtschaftlichen Parallelverkehrs wirft die Frage auf, ob das allgemeine Wettbewerbsrecht auf diesen Bereich anwendbar ist.

1. Das französische Wettbewerbsrecht

Das französische Wirtschaftsrecht kennt kein durch ein umfassendes Gesetz systematisch geregeltes Kartell- und Monopolrecht ¹⁴⁰⁾ mit zentraler Marktordnungsfunktion. Das Kartellrecht entwickelte sich aus den Art. 412, 419, 420 und 421 des Code Penal ¹⁴¹⁾, also aus dem Strafrecht ¹⁴²⁾. Heute wird der innerfranzösische Wettbewerbsmarkt daneben vor allem durch Art. 59 bis der PreisVO n° 45-1483 i. d. F. des Dekrets n° 53-704 und des Gesetzes n° 63-628, ferner durch das Verbot einzelner wettbewerbsbeschränkender Handlungen ohne Rücksicht auf ihren Zweck oder ihre Wirkung nach Art. 37 der PreisVO geschützt ¹⁴³⁾.

Art. 419 Code Penal bedroht denjenigen mit Freiheits- und Geldstrafe

"der für sich allein oder durch eine Verbindung oder einen Zusammenschluß eine Einwirkung auf den Markt ausübt oder auszuüben versucht, um sich einen Gewinn zu verschaffen, der nicht das Ergebnis des natürlichen Spiels von Angebot und Nachfrage ist und dadurch unmittelbar oder durch eine Mittelsperson eine künstliche Steigerung oder Lenkung der Preise von Lebensmitteln, Waren oder Wertpapieren herbeiführt oder herbeizuführen versucht".

Art. 59 ^{bis} der PreisVO bestimmt, daß Kartelle und sonstige Praktiken, welche den freien Wettbewerb beschränken oder beschränken können, in dem sie eine Lenkung der Verkaufs- oder Selbstkostenpreise verhindern oder eine künstliche Steigerung der Verkaufspreise oder Selbstkostenpreise begünstigen, nichtig und verboten sind. Das Finanzgesetz n° 63-628 v. 2. 7. 1963 hat in Art. 3 dazu bestimmt:

"Art. 59 ^{bis} der VO n° 45-1483 v. 30. 6. 1945 wird durch folgenden Absatz ergänzt:

Unter den gleichen Voraussetzungen sind Verhaltensweisen einzelner Unternehmen oder Unternehmensgruppen verboten, die auf dem Binnenmarkt eine durch ein Monopol oder eine offenbare Konzentration wirtschaftlicher Macht gekennzeichnete beherrschende Stellung einnehmen, sofern die Verhaltensweisen eine Behinderung des normalen Marktablaufs bezwecken oder bewirken können".

Art. 37 PreisVO ist bereits o. in anderem Zusammenhang dargestellt worden; er enthält nicht nur eine von der Marktstellung unabhängige Einschränkung der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit sondern auch ein Diskriminierungs

verbot.

Nach Art. 419 Code Penal, welcher die Anwendung nicht gerechtfertigter Mittel, nicht aber übermäßigen Gewinn als solchen verbietet ¹⁴⁴), sind also Wettbewerbsbeschränkungen als "gute" Kartelle bzw. Praktiken erlaubt, soweit sie für die Allgemeinheit wirtschaftlich vorteilhafte Maßnahmen bezwecken, z. B. Rationalisierungen, Preisstabilisierungen und die Verhinderung ruinösen Wettbewerbs ¹⁴⁵). Nach der Rechtsprechung ist dies bei fast allen Maßnahmen zur Anpassung und Gestaltung von Erzeugung und Absatz angenommen worden. Da die VO n^o 53-704 bezüglich des Art. 59^{bis} der PreisVO Art. 419 Code Penal nicht veränderte, vielmehr das Verbot der Preisbeeinflussung durch "schlechte", d. h. volkswirtschaftlich schädliche Wettbewerbsbeschränkungen beibehielt ¹⁴⁶), wird im französischen Schrifttum sogar teilweise die Ansicht vertreten, die o. genannten Regelungen kämen lediglich einem kartell- und monopolrechtlichen Mißbrauchsverbot gleich ¹⁴⁷). Das französische Wettbewerbsrecht betont mehr den wettbewerbsgemäßen, kosten- bzw. leistungsgerechten Preis als die Ordnung der Wirtschaft durch den Wettbewerb, obgleich den Schutzvorschriften die wirtschaftswissenschaftliche Theorie der Produktivitätsmaximierung des freien Wettbewerbs zugrunde liegen dürfte ¹⁴⁸).

2. Der Ausschluß des Wettbewerbsrechtes durch die elektrizitätsrechtlichen Vorschriften

Ob und gegebenenfalls inwieweit das Kartell- und Monopolrecht auf die Parallelverträge anwendbar ist, wurde bisher von der französischen Rechtsprechung und Literatur noch nicht geprüft ¹⁴⁹). Wie wir gesehen haben, besitzen der EDF-SN und die örtlichen Verteiler der EDF und Gemeinden bzw. Gemeindeverbände i. S. des Art. 23 NatG gegenüber den iEErn hinsichtlich der Zus/ResV, des Kaufs- und Transportes von Industriestrom eine monopolistische Marktstellung.

Da die Zusammenfassung der öVU nicht auf die in den Art. 419 ff. c. p. und 59^{bis} PreisVO genannten Kartelltatbestände, sondern auf das NatG zurückzuführen ist, können die Vorschriften allein deshalb schon nicht angewendet werden.

Aber auch Art. 37 PreisVO¹⁵⁰ und das durch Art. 59^{bis} PreisVO i. d. F. des Art. 3 des FinanzG erfolgte Verbot des Mißbrauchs der Marktmacht - also das Verbot der Festsetzung von Mindestpreisen, der Verkaufsverweigerung, der Bestimmung besonderer Verkaufsbedingungen sowie der Anwendung

diskriminierender Maßnahmen, ferner das Verbot der Wettbewerbsbeschränkung durch Verhinderung der Senkung von Verkaufs- oder Selbstkostenpreisen oder durch Begünstigung der künstlichen Steigerung dieser Preise - dürfen gem. Art. 59^{ter} PreisVO selbst dann nicht herangezogen werden können, wenn die Anwendung des staatlichen bis ins einzelne festgelegten Lastenheftes und des el. wirtschaftlichen Preisindex¹⁵¹⁾ bei der Gestaltung der Bedingungen und Preise gegenüber den iEern einen "Mißbrauch" der Monopolstellung i. S. des Art. 59^{bis} PreisVO darstellen sollte. In diesem Fall läge lediglich die Anwendung einer hoheitlichen Regelung vor, welche sich gem. Art. 59^{ter} PreisVO von Art. 59^{bis} PreisVO nicht erfaßt sein soll. Im übrigen bestimmt Art. 60 Abs. 2 PreisVO, daß die Vorschriften der VO keine Geltung haben auf die Preise von Monopolgütern betreffenden Maßnahmen, welche durch besondere öffentlich-rechtliche Regelungen festgelegt werden. Sie sind lediglich vom Wirtschaftsminister gegenzuzeichnen.

Die Bestimmungen des Lastenheftes, welche den Abschlußzwang, den Gleichbehandlungsgrundsatz und eine bis ins einzelne gehende Tarifierung enthalten, sollen gerade einen Mißbrauch der herrschenden Stellung des öVU gegenüber den iEern verhindern¹⁵²⁾. Sie können daher als monopolrechtliche Sonderregelung aufgefaßt werden, welche insoweit die öVU von den allgemeinen Wettbewerbsregeln der PreisVO ausnimmt¹⁵³⁾. Sollten einzelne Klauseln im Parallelverkehrsvertrag eines öVU mit einem iEer des Lastenheft - evtl. trotz der Festlegung einzelner Vertragsbestandteile durch den mit der Elektrizität befaßten Minister (Art. 10 des SN-Lastenheftes) - widersprechen, z. B. Knebelungsverträge hinsichtlich der Erweiterung von Eigenanlagen, so ist das Verwaltungsgericht zuständig¹⁵⁴⁾. Das El. Recht enthält hier gegenüber den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Vorschriften die spezielleren wettbewerbsgestaltenden Bestimmungen. Selbst im Falle einer el. rechtlichen Lücke ist für das allgemeine Wettbewerbsrecht kein Raum, weil das El. Recht als umfassend gewollt war, um den gesetzlich monopolisierten öVU jegliche den Machtmißbrauch ermöglichende Privatautonomie zu nehmen.

III. DIE MONOPOLE DER ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN UND DER INDUSTRIEVERBAND

Das el. rechtliche Sonderrecht hat das Recht der PreisVO im Bereich des Parallelverkehrs zwischen öVU und iEer völlig verdrängt, obwohl es aufgrund der Tarifierungen und vor allem der staatlichen Preisfestsetzung nicht

notwendig immer im Einklang mit der Theorie der Produktivitätsmaximierung steht. Dies gilt insbesondere für den Transport und Industrieverbund, wo sich bei einem großen Ausmaß des Stromverkehrs hohe Kosten - und vor allem Preisdifferenzen zwischen einem industriellen Verbund und einer Einspeisung in das SN-Netz auftreten können.

1. Der Markt der Zusatz- und/oder Reserveversorgung

a) Der wirtschaftliche Aspekt des Angebotsmonopols der öffentlichen Versorgungsunternehmen

Auf dem Markt der Zus/ResV kommen zwar als El. Lieferanten sowohl die örtlichen Verteiler, die als einzige das Recht zur Nutzung des ihnen konzessionierten Netzes haben (Art. 3 Abs. 1 der Lastenheftmuster), als auch der SN der EDF in Betracht.

Wie bereits dargetan, sind die örtlichen Verteiler nach den Lastenheftmustern, d. h. nach den nach dem 22.11.1960 bzw. 23.5.62 erteilten oder revidierten Konzessionen verpflichtet, die Höchsttarife des SN-Hochspannungs-Lastenheftes einzuhalten. Nun sind in diesen Höchsttarifen gewisse Spielräume für die Zus/ResV enthalten, welche bei unterschiedlicher Kostenlage beim SN und den örtlichen Verteilern zu anderen Preisen führen können. Insbesondere die verschiedenen Anschlußkosten und die Verpflichtung der Abnehmer, dem örtlichen Verteilern etwa erforderliche Netzverstärkungen zu bezahlen, können zu einem merklich ungünstigeren Angebot des örtlichen Verteilers führen.

Dennoch besteht grundsätzlich der V. Anspruch nur gegen einen der beiden Unternehmen, welches evtl. durch den mit der Elektrizität befaßten Minister bestimmt wird. Ein anderer Anbieter von Zus/ResStrom ist durch Art. 1 NatG ausgeschlossen, ohne Rücksicht darauf, ob dieser evtl. diese Versorgung zu geringeren Kosten und Preisen durchführen könnte. Dies trifft insbesondere die iEEr, welche zwar gemäß Art. 8 NatG für den Eigenbedarf billige Energie erzeugen dürfen, jedoch - von den genannten Ausnahmen abgesehen - "andere" mit Industriestrom nicht beliefern dürfen.

Da so kein Wettbewerb zwischen verschiedenen Zus/Res.Stromversorgern besteht, bleibt dem iEEr bei der Überlegung, wie er seinen Bedarf an Zus/Res.Strom deckt, nur die Wahl zwischen dem Bezug vom SN bzw. örtlichen Verteiler und der Eigenerzeugung in Zusatz-Generatoren (Konden-

sations- oder Dieselmotoren). Er wird die Kosten beider V. Arten miteinander vergleichen und die billigere wählen. In der weitaus größeren Zahl der Fälle wird er, da meist ein wirtschaftliches V. Monopol der öVU vorliegt, die öffentliche Versorgung wählen. Der Wettbewerb zwischen der industrie-eigenen und öffentlichen Zus/ResV wird somit an den Preisen der letzteren orientiert, ohne daß diese, wie schon festgestellt, notwendig kostenecht sind. Marktfremde Überlegungen bei der staatlichen Preisgestaltung können so die Ausrichtung der Geschäftsabschlüsse nach den wahren Kostenverhältnissen verhindern und so die Produktivität mindern¹⁵⁵⁾.

Die große wirtschaftliche Überlegenheit der öffentlichen Zus/ResV wird allerdings durch meist nur geringfügige Abweichungen der Strompreise der öVU nur selten die Entscheidung zugunsten dieser öffentlichen Versorgung ändern und das wirtschaftliche Monopol der öVU aufheben, zumal nur kurzfristige ungünstige Preise erhebliche Investitionen für eine industrie-eigene Anlage nicht rechtfertigen.

b) Der Industrieverband

Die iEer dürfen unbegrenzt viele örtlich getrennt gelegene Betriebs-teile und bis zu 3 Mutter- oder Filialgesellschaften, auch bis zu drei sonstigen Abnehmer, wenn deren Versorgung schon vor 10 Jahren vor der Nationalisierung der öffentlichen ELV aufgenommen wurde (Art. 2 Abs. 2 der VO n^o 55-662), versorgen.

Der Industrieminister hat jedoch diese Regelung sehr großzügig ausgelegt, wenn der industrielle Großverband mit hoher Leistung und Benutzungs-dauer in industriellen Ballungsgebieten für die Industrie erheblich günstiger ist als die öffentliche ELV. Dies beweist insbesondere das bereits erwähnte Gemeinschafts-Zechenkraftwerk CSR und der Verband der Union Siderurgique de l'Énergie (USE), welchem 18 lothringische Hütten und Zechen angegliedert sind. Bereits die Vereinbarungen v. 21.5.1948 zwischen der EDF und Houillères du Bassin de Lorraine und v. 18.11.1948 zwischen der EDF und der Houillères du Nord et du Pas-de-Calais trugen den besonderen Verhältnissen im lothringischen Becken Rechnung. Der Industrie wurden besondere EL-Leistungen untereinander zugestanden - die weniger wichtigen aufgrund einer Weegerlaubnis, die bedeutenderen aufgrund einer der EDF verliehenen Konzession, welche die Industrie allein oder teilweise zum Betrieb berechtigt. Bei dieser Regelung ist es auch nach der Konzession an den SN im Jahre 1954 geblieben, unter Berufung auf Art. 8 Abs. 8 NatG, nach welchem ein gemeinsamer Betrieb der Anlagen unter Führung des SN für die Anlagen der

nationalisierten Zechen vorgesehen ist. Dieser gemeinsame Betrieb bezieht sich zwar normalerweise auf Produktionsanlagen; sie erstreckt sich aber dank einer weiten Auslegung der Vorschriften durch den Industrieminister auch auf die Verbundleitungen. Dieser gemeinsame Betrieb der Leitungen rechtfertigt auch den Betrieb der Anlagen durch die Industrie.

Bereits 1920 schlossen sich Hütten und Erzbergwerke des lothringischen Beckens zusammen, um die gemeinsame optimale Verwertung der Gichtgase durch Energieveredelung in Elektrizität zu erreichen. Zu diesem Zweck wurde die "Sté électrique de la sidérurgie lorraine" gegründet, welche die Aufgabe hatte, ein 65 und 30 kV-Verbundnetz einzurichten und zu betreiben. Diese Gesellschaft hat 1924 zwei Konzessionen erhalten, wurde jedoch später durch das NatG nationalisiert. Nur die El. Erzeugungsanlagen auf der Gasbasis wurden im Eigentum der Hütten belassen. Auch der SN konnte indes nicht übersehen, daß hier ein besonderes Interesse für ein Verbundnetz vorlag. Die Zechen haben es denn auch verstanden, nicht nur ihren El. Austausch fortzusetzen, sondern auch ihre El. Erzeugung noch zu erweitern. So haben 1947 18 Zechen und Erzbergwerke die USE, eine Aktiengesellschaft mit veränderlichem Kapital, gegründet, deren Gegenstand die Zusammenfassung der Energiequellen der einzelnen angeschlossenen Betriebe, die Verteilung dieser Energie an die einzelnen Verbrauchsorte der Betriebe und die Zusammenfassung der Überschüsse für die Einspeisung in das SN-Netz ist. Vor der Gründung der USE wurde eine Konvention zwischen den 18 Gründungsgesellschaften und der EDF über die Bedingungen der 30 und 63 kV-Netze geschlossen, wonach die EDF dem gemeinsamen Ausschuß vorsitzt, das Netz aufbaut und die Aufsicht führt, während die USE die gesamten Kosten und 90 % der finanziellen Belastungen zu tragen hat. Die Erweiterung der Kapazität der angeschlossenen Eigenanlagen dürfen jedoch einen bestimmten Rahmen nicht überschreiten, da sie andernfalls wegen ihrer Bedeutung für die öffentliche ELV von der EDF übernommen werden.

1949 beschlossen 6 lothringische Zechen, welche bisher die Eigenanlagen getrennt unterhielten, den Bau eines gemeinsamen Wärmekraftwerkes in Richemont, CSR, mit besserem Wirkungsgrad und Spitzenausgleich im gemeinsamen Gas- und El. Netz. Der Industrieminister entschied am 29.6. 1951, dieses Kraftwerk, welches ca. 1/4 der erzeugten Energie an den SN abgibt, sei für die öffentliche ELV nur von untergeordneter Bedeutung (Art. 8 Abs. 2 NatG), weshalb es als Eigenanlage von der Nationalisierung ausgenommen sei. Der Staatsrat hat am 7.8. 1951 die notwendigen Arbeiten für gemeinnützig erklärt; das 63- und 225-kV-Verbundnetz ist zum Gegenstand

einer Konzession für die EDF gemacht und vollständig in das SN-Hochspannungsnetz eingegliedert worden.

Ob und inwieweit die Grenzen der von der Nationalisierung ausgenommenen Bereiche el. wirtschaftlicher Betätigung der Industrie in den genannten Fällen eingehalten worden sind, mag sehr zweifelhaft sein. Bei der Gestaltung der Zusammenarbeit des SN mit den Hütten und Zechen des lothringischen Beckens wird die industriefreundliche Einstellung des Industrie- und Energieministers entscheidendes Gewicht gehabt haben ¹⁵⁶). Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß die geschilderte Zusammenarbeit wirtschaftlich der gesetzlichen Lösung überlegen ist. Die Verhältnisse im lothringischen Becken dürften in Frankreich aber eine Ausnahme darstellen.

2. Der Markt des Überschußstroms

a) Der wirtschaftliche Aspekt des rechtlichen Nachfragemonopols der öffentlichen Versorgungsunternehmen

Sieht man von den bis zu drei Mutter- und Tochtergesellschaften des iEEs ab, so kommen als Abnehmer des industriellen Überschußstroms lediglich die öVU infrage. Jede Belieferung "anderer" verletzt das V. Monopol der EDF bzw. der öVU i. S. des Art. 23 NatG. Diesem Nachfragemonopol der öVU ist vorbehaltlich der Befriedigung des nationalen Energiebedarfs durch öVU-Kraftwerke eine Abnahmepflicht gegenübergestellt worden, welche die wirtschaftliche Handlungsfreiheit fast vollständig beseitigt; das öVU kann das iEE nicht etwa entgegenhalten, es habe keinen El. Bedarf oder wolle seinen Bedarf anderweitig decken, weil ihm dies sicherer und wirtschaftlicher erscheine. Er kann höchstens verlangen, daß der iEE die durch die für die eigenen Bedarfs erforderliche Weiterleitung des Überschußstroms an ein anderes öVU oder in das Hochspannungsnetz etwa erforderliche Verbundleitung bzw. dessen Verstärkung entstehenden Kosten zu tragen hat.

Wenngleich dieses Recht der Industriestrom-Einspeisung etwas starr ist und nicht immer den konkreten wirtschaftlichen Verhältnissen gerecht wird, so dürfte es doch die wirtschaftlich begrüßenswerte Folge haben, die Industrie zur Einspeisung derjenigen Überschußenergie in das öffentliche Netz zu veranlassen, der billiger als der jeweilige Strom der konkurrierenden öffentlichen Kraftwerke erzeugt wird. Der Nachteil der bestehenden Regelung dürfte zweifellos darin bestehen, daß der Industriestrom nur als Aushilfsstrom behandelt wird, auf den bei ausreichender El. Erzeugung der öVU-Kraftwerke verzichtet werden kann. Im übrigen entsprechen die Bedingungen und Preise

wie beim Markt der Zus/ResV nicht notwendig immer den jeweiligen Kosten und Ersparnissen.

Insgesamt entspricht die bestehende Regelung zwar weitgehend den politischen Motiven der Nationalisierung der El. Wirtschaft, kann aber besonders in energiereicheren Zeiten - wenn etwa eine Abschlußpflicht der öVU gegenüber den iEern entfällt - die Wahl der billigsten und damit für die gesamte Volkswirtschaft günstigsten Energiequelle behindern.

b) Der Industrieverbund

Ein erheblicher Nachteil des geltenden Rechtes dürfte z. B. auch die öVU-bezogene Planung des V. Netzes sein, welche häufig einem industriellen Direktverbund in industriellen Ballungsgebieten wirtschaftlich unterlegen ist.

In den o. genannten Beispielen industriellen Verbundes im lothringischen Becken sind alle am Verbund angeschlossenen Unternehmen nur insoweit Abnehmer von Überschußstrom anderer iEer, als ihre Energiebilanz im Verbund negativ ist. Der Grundsatz des Nachfragemonopols der öVU für Überschußstrom ist also kaum durchbrochen. Der industrielle Verbund soll neben der Rationalisierung der industriellen El. Erzeugung lediglich einen El. Austausch, also eine gegenseitige Zus/ResV und im übrigen eine Veredelung des gemeinsamen in das öffentliche Netz gespeisten Überschußenergie ermöglichen. Wirtschaftlich läßt sich das geringe Maß der Lockerung des Abnahmemonopols der öVU damit rechtfertigen, daß der Überschußstrom eines einzelnen öVU regelmäßig nicht den qualitativen Anforderungen einer sicheren und gleichmäßigen ElV genügen kann und einer Qualitätsverbesserung durch den Leistungsausgleich im industriellen oder öffentlichen Großverbund bedarf.

3. Der Markt des Elektrizitätstransportes

a) Der wirtschaftliche Aspekt des beschränkten Transportmonopols der öffentlichen Versorgungsunternehmen

Wie bereits festgestellt, besteht beim El. Transport eine Wahlmöglichkeit zwischen dem El. Transport über industrie-eigene Leitungen oder über das öffentliche Netz. In praxi übt diese Wahl jedoch weder der iEer noch das öVU aus, sondern der mit der Elektrizität befaßte Minister. In der Regel wird er den wirtschaftlicheren Weg bestimmen, soweit dies angesichts des nur begrenzt kostenechten Transporttarifs möglich ist.

Dem iEEr bleibt jedoch in jedem Fall die Möglichkeit, der vom Minister bestimmten Transportart den "Verkauf-Kauf", d. h. den Verkauf des Industriestroms am Erzeugungsort und den Kauf öffentlichen Stroms am Verbrauchsort zu den jeweiligen Tarifpreisen und -bedingungen, vorzuziehen. Dies ist meist für den iEEr nicht nur billiger, sondern ist auch kostenechter und deshalb rationeller. Das Transportmonopol der öVU hat daher, soweit überhaupt besteht, wirtschaftlich nur geringe Bedeutung.

b) Der Industrieverbund

Der Industrieminister hat in den o. geschilderten Ausnahmefällen des lothringischen Industrieverbundes das Transportmonopol der öVU weiter abgebaut, indem er eine im El. Recht nicht vorgesehene Sonderlösung schuf. Der SN hat unter eigener Verantwortlichkeit ein direktes Verbundnetz zwischen den iEErn auf Kosten der angeschlossenen iEEr erstellt, welche dieses Netz, das in das nationale Hochspannungsnetz des SN eingegliedert ist, selbst betreiben.

Auf diese Weise ist die Lückenlosigkeit des SN-Netzes gewahrt worden gleichzeitig aber ein unmittelbar den Kosten entsprechender Transportpreis für die iEEr gewährleistet. Diese Lösung wird den gegenseitigen Interessen wohl in besonders glücklicher Weise gerecht, wenngleich ihre Rechtmäßigkeit zweifelhaft ist. Sie zeigt aber besonders deutlich die Tendenz, trotz der el. politisch nur bedingt wirtschaftlich ausgerichteten NatGs die rationellste Zusammenarbeit zwischen öVU und iEEr herbeizuführen.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung der Bindung der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr zwischen öVU und iEer nach französischem Recht läßt sich in folgende Ergebnisse zusammenfassen:

1. Die französischen öVU, d. h. die staatliche EDF und die von der öffentlichen Hand beherrschten örtlichen Verteiler i. S. des Art. 23 NatG, verfügen über ein nur geringfügig eingeschränktes öffentlich-rechtliches El. Erzeugungs-, Transport- und Verteilermopol.

Wenngleich die EDF nach der Vorstellung der Verfasser des NatG ein wirtschaftlich unabhängiges, nach allein kaufmännischen Regeln geführtes Wirtschaftsunternehmen darstellen sollte, so ist diese wirtschaftliche Freiheit wie bei den übrigen französischen öVU wegen der umfangreichen staatlichen Kontrollrechte, der Preisfestsetzung, der Finanzierungs- und Investitionsplanung und Defizitdeckung nur ein Torso.

2. Grundsätzlich darf der iEer nur für den Eigenbedarf seiner - möglicherweise auch getrennt gelegenen - Betriebsteile und für bis zu 3 Tochter- oder Muttergesellschaften eigenerzeugte el. Energie verwenden. Im lothringischen Becken ist aus technischen und wirtschaftlichen Gründen jedoch ein industrieller Großverbund, z. T. über das SN-Netz, zugelassen worden.

3. Das Recht des Parallelverkehrs zwischen öVU und iEer wird durch das NatG, die VO n^o 55-662, das Notstandsrecht und die staatlich weitgehend festgelegten Lastenhefte der Konzessionen für die öVU, welche die Anwendbarkeit des allgemeinen Kartell- und Monopolrechtes und Preisvorschriften ausschließen, geregelt.

4. Der öffentlich-rechtlichen Monopolstellung der öVU entspricht ein genereller Abschlußzwang, und zwar sowohl hinsichtlich der Zus/ResV der iEer, als auch des Kaufs- und Transportes von Industriestrom.

Die Pflicht zur Aufnahme besteht jedoch nur solange, als hierfür nach Ansicht des Handels- und Industrieministers ein Bedürfnis auf nationaler Ebene vorliegt. Die etwaige wirtschaftliche Überlegenheit industrieller Anlagen gegenüber öffentlichen Kraftwerken ist nach dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 der VO n^o 55-662 für diese Frage ohne Bedeutung. Grund der Nutzung von Industriestrom im Netz der öffentlichen ELV ist also nicht deren Wirtschaftlichkeit, sondern die nationale Energieknappheit.

Nur in Notzeiten kann den iEEn durch Notstandsrecht befristet ein Abschlußzwang gegenüber den öVU hinsichtlich der El. Lieferung auferlegt werden.

5. Die Preise und Bedingungen der Parallelverkehrsverträge sind im allgemeinen an den - nicht vollständig verwirklichten ¹⁵⁷⁾ - langfristigen Grenzkosten der öVU zuzüglich eines angemessenen Gewinns orientiert. Sie sind in den Lastenheft-Tarifen, welche eine sehr weitgehende Differenzierung erlauben, festgelegt und basieren auf einem el. wirtschaftlichen Preisindex.

Dieser el. rechtlich bestimmte Preis wird jedoch z. Zt. durch eine staatliche Festsetzung, welche auch sozial- und währungspolitischen Gesichtspunkten Rechnung trägt, kostenentfremdet und behindert so einen kostenechten Wettbewerb zwischen öffentlichen und industriellen Kraftwerken.

2. TEIL

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT NACH WESTDEUTSCHEM RECHT

A. DIE RECHTLICHE STRUKTUR DER DEUTSCHEN ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFT

Im Gegensatz zum französischen El. Recht, welches das Verhältnis der öVU zu den iEern bis in Einzelheiten regelt, ist das deutsche Recht zum Parallelverkehr und damit die rechtstheoretische Behandlung der Bindung der Vertragsfreiheit der beteiligten Unternehmen lückenhaft, unsystematisch und seit mehr als 20 Jahren Gegenstand verschiedenster Reformbestrebungen, ohne daß sich bisher bestimmte Grundzüge eines neuen Parallelverkehrsrechtes abgezeichnet haben und das geltende Recht auch nur systematisch untersucht worden ist.

Es erscheint daher erforderlich, wie bei der Behandlung der Vertragsfreiheit im französischen el. wirtschaftlichen Parallelverkehr die Stellung und Aufgabe der öffentlichen EIV und der industriellen Eigenerzeugung zu betrachten, da die el. wirtschaftliche Struktur die wirtschaftlichen und wettbewerblichen Gegebenheiten des Parallelverkehrs prägen und so Grundlage für eine sachangemessene rechtliche Behandlung der aufgeworfenen Fragen ist.

I. DIE ÖFFENTLICHE ELEKTRIZITÄTSVERSORGUNG

1. Die Voraussetzungen

a) Der Grundsatz der Betätigungsfreiheit

Das westdeutsche El. Recht kennt im Gegensatz zum französischen - abgesehen von den öffentlichen Anstalten der Gemeinden - kein öffentlich-rechtlich begründetes Monopol für die Erzeugung, den Transport und die Verteilung el. Energie. Theoretisch kann jedes Unternehmen sich el. wirtschaftlich betätigen; es gilt die Gewerbefreiheit des § 1 GewO¹⁾, gleichgültig, ob es sich um die EigenV oder die öffentliche EIV handelt. Die Rechtsform der el. wirtschaftlichen Unternehmen ist ebenso unerheblich wie ihre Besitzverhältnisse. So wird heute die el. wirtschaftliche Tätigkeit in der BR sowohl hoheitlich wie privatrechtlich, von Regiebetrieben, Gesellschaften des privaten und öffentlichen Rechts betrieben. Allein diese Tatsache

zeigt, daß der deutsche Gesetzgeber die El. Wirtschaft weitgehend dem allgemeinen Wirtschaftsrecht unterstellen wollte und die öffentliche ElV nicht als eine wirtschaftsfremde, fürsorgliche Verwaltung sondern primär als wirtschaftliche Tätigkeit angesehen hat. Er hat damit ferner zu erkennen gegeben, daß er kein Unternehmen für grundsätzlich zur öffentlichen ElV ungeeignet hält, gleichgültig, ob es sich um reine El. Werke handelt oder Industrieunternehmen, welche die öffentliche ElV lediglich im Nebenbetrieb durchführen.

Wenn heute dennoch jeder öffentlichen ElV durch neu hinzutretende el. wirtschaftliche Unternehmen erhebliche Hindernisse entgegenstehen, so ist dies allein auf die später zu behandelnden privatrechtlichen Kartellverträge der bestehenden öVU zurückzuführen.

b) Die energiegesetzlichen Bestimmungen zur Aufnahme öffentlicher Elektrizitätsversorgung

Die El. Wirtschaft wird grundlegend durch das heute noch gültige ²⁾ Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (EnG) v. 13.12.1935 ³⁾ geregelt. Nach seiner amtlichen Begründung hat es die drei Grundforderungen möglicher wirtschaftlicher Erzeugung, möglichst sozialer Verteilung und möglichst sicherer EnergieV zu erfüllen, da der el. wirtschaftliche Wettbewerbskampf trotz Ausdehnung und Verbesserung der El. Anlagen und wertvollen Bemühungen auf dem Sektor der Tarif- und Preisgestaltungen eine uneinheitliche und ungleichmäßige Behandlung der V. Gebiete und eine Reihe der Gesamtwirtschaft und dem Einzelunternehmen schädliche Folgen gehabt habe; so daß das volkswirtschaftliche Gesamtergebnis der EnergieV hinter den Erwartungen zurückgeblieben sei, die man angesichts des technischen Fortschritts hegen dürfte. Das EnG solle unter Wahrung der freien Entfaltungsmöglichkeit für die wertvollen Kräfte selbständiger Unternehmensverantwortung bei den Trägern der Energiewirtschaft darauf hinwirken, daß die geschilderten Mängel behoben werden. Die Präambel zum EnG lautet:

"Um die Energiewirtschaft als wichtige Grundlage des wirtschaftlichen und sozialen Lebens im Zusammenwirken aller beteiligten Kräfte der Wirtschaft und der öffentlichen Gebietskörperschaften einheitlich zu führen und im Interesse des Gemeinwohls die Energiearten wirtschaftlich einzusetzen, den notwendigen öffentlichen Energiefluß in allen Angelegenheiten der Energieversorgung zu sichern, volkswirtschaftlich schädliche Auswirkungen des Wettbewerbs zu verhindern, einen zweckmäßigen Ausgleich durch Verbundwirtschaft

zu fördern und durch all dies die Energieversorgung so sicher und billig wie möglich zu gestalten, hat die Reichsregierung das folgende Gesetz beschlossen, ...".

Sowohl die Gesetzesbegründung als auch die Präambel ist zwar nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. III Nr. 1 MRG ungültig geworden ⁴⁾; als Formulierung des in der Gesamtheit der energiegelgesetzlichen Normen zum Ausdruck gekommenen Ziels des Gesetzes dürften die niedergelegten Grundsätze jedoch mangels dem Grundgesetz widersprechenden typisch nationalsozialistischen Gedankengutes nach wie vor Geltung haben ⁵⁾ 5 a).

Diesem Gesetzeszweck dienen zunächst die Vorschriften über die Energieaufsicht, die Anzeige-, Auskunfts- und Mitteilungspflicht sowie die Genehmigungsbefugnis der öffentlichen ELV, welche eine staatliche Kontrolle der El. Wirtschaft ermöglichen.

aa) Die Energieaufsicht

§ 1 Abs. 1 EnG hat die El. Wirtschaft, welche gemäß Art. 74 Ziff. 11 GG zum Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gehört, der Reichsaufsicht, die gemäß Abs. 2 der Reichswirtschaftsminister ausgeübt hat, unterstellt. Nach Art. 129 i. V. m. Art. 83 GG ist diese Energieaufsicht auf die Länder übergegangen, die zur Energieaufsichtsbehörde die Wirtschaftsminister bestimmt haben, welche ihrerseits mitunter die Regierungspräsidenten zur Energieaufsicht ermächtigt haben ⁶⁾ 7), die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen folgt ⁸⁾.

bb) Die Anzeige-, Auskunfts- und Mitteilungspflicht

Grundlage der behördlichen Aufsicht und Untersagungsmöglichkeit ist § 4 Abs. 1 und 2 EnG, nach welchem der Gesetzgeber der Energieaufsichtsbehörde nur dann Eingriffsrechte einräumt, wenn die El. Wirtschaft selbst die ihr gestellte Aufgabe nicht zu meistern vermag, die Lösung der anstehenden el. wirtschaftlichen Fragen jedoch unerlässlich ist ⁹⁾. Nach Abs. 3 bestimmt die Aufsichtsbehörde den Umfang der Anzeigepflicht und erläßt Vorschriften über die Formen und Fristen für die Anzeige. Im übrigen kann die Aufsichtsbehörde von den Unternehmen jede Auskunft über ihre technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse verlangen, soweit der Zweck des EnG es erfordert. Sie kann auch bestimmte technische und wirtschaftliche Vorgänge und Tatbestände bei diesen Unternehmen mitteilungspflichtig machen (§ 3 EnG). §§ 3 und 4 EnG und die hierzu ergangenen DVon und Ausführungsbestimmungen sollen in erster Linie eine Investitionskontrolle in der El. Wirtschaft er-

möglichen ¹⁰⁾. Aus Gründen des Gemeinwohls kann die Energieaufsichtsbehörde einen beabsichtigten Bau, die Erneuerung, Erweiterung oder Stilllegung von Energieanlagen nicht nur beanstanden sondern auch untersagen ¹¹⁾.

cc) Die Genehmigungsbedürftigkeit

Nach § 5 Abs. 1 EnG bedarf die Aufnahme der Versorgung anderer durch die Erzeugung der Elektrizität die Genehmigung der Aufsichtsbehörde ¹²⁾, während die El. Erzeugung zur Eigenbedarfsdeckung genehmigungsfrei ist.

Diese Genehmigung ist nicht als eine öffentlich-rechtliche Verleihung als Betriebskonzession i. S. des französischen Rechts ¹³⁾, sondern als eine allgemeine staatliche Kontrollmaßnahme zu verstehen, welche volkswirtschaftlich unerwünschte Fehlinvestitionen, die die billige und sichere ElV durch Entstehung unrentabel und unsicher arbeitender öVU gefährden könnten, verhindern soll ¹⁴⁾. Anders als z. B. in England, Frankreich und Italien wird also die Gewerbefreiheit und damit der wertschaffende Wettbewerb in diesem Wirtschaftszweig aufrecht erhalten ¹⁵⁾.

Sollte sich ein el.wirtschaftliches Unternehmen außerstande zeigen, die ihm aufgrund des EnG auferlegten Pflichten, insbesondere die V. Pflicht gegenüber den Tarifabnehmern innerhalb seines V. Gebietes (§ 6) zu erfüllen ¹⁶⁾, und die dieses Unternehmen an der Erfüllung seiner V. Aufgaben hindern den Umständen beseitigt werden können, so kann die Aufsichtsbehörde den Betrieb des Unternehmens ganz oder teilweise untersagen (§ 8 EnG) und ein anderes EVU mit der Übernahme der V. Aufgaben beauftragen. Diese Vorschrift soll die Leistungsfähigkeit, die Preiswürdigkeit und Sicherheit der ElV sicherstellen. Eine derartig tiefgreifende Intervention ist bisher allerdings noch nicht erfolgt ¹⁷⁾.

Nach § 13 Abs. 2 EnG erläßt die Aufsichtsbehörde die Vorschriften und Anordnungen über die technische Beschaffenheit, die Betriebssicherheit, die Installation von Energieanlagen und von Energieverbrauchsgeräten und übernimmt auch die Überwachung ¹⁸⁾.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die meisten der o. genannten Bestimmungen haben schon 1948 bis 1955 zu Reformbestrebungen zum EnG geführt ¹⁹⁾, ohne daß das aus wirtschaftslenkenden Motiven heraus geschaffene EnG durch ein neues Gesetz auch nur teilweise abgelöst worden wäre.

c) Das Wegerecht

aa) Die Nutzung von öffentlichem Grund und Boden

Das Recht zur Verlegung von El. Leitungen auf öffentlichen Wegen ist nach der absolut herrschenden Auffassung ebensowenig wie die Aufnahme der öffentlichen ELV öffentlich-rechtlich geregelt ²¹⁾, wenngleich die in der Regel zwischen den el. wirtschaftlichen Unternehmen und den Gebietskörperschaften abgeschlossenen Verträge meist "Konzessionsverträge" genannt werden ²²⁾. § 8 Abs. 10 BFernStrG bestimmt, daß die Einräumung von Rechten zur Benutzung des Eigentums der Bundesfernstraßen sich nach bürgerlichem Recht richtet, wenn sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung von nur kurzer Dauer für Zwecke der öffentlichen Versorgung bleibt überhaupt außer Betracht. Dieser Regelung entsprechen weitgehend auch die Regelungen der Landesstraßengesetze ^{23) 24)}.

Ein allgemeiner Anspruch auf Einräumung eines Wegenutzungsrecht an öffentlichen Wegen besteht für die el. wirtschaftlichen Unternehmen nicht. Die Duldung der Leitungen, welche den Widmungszweck nicht beeinträchtigen, steht im Ermessen der Wegeeigentümer ²⁵⁾, welches allerdings trotz der privatrechtlichen Natur des Eigentums gebunden ist; es darf nicht rein fiskalischen Gesichtspunkten Rechnung tragen. Das öffentliche Eigentum muß nach dem allgemeinen Interesse der Gemeindeangehörigen verwaltet werden ²⁶⁾. In der Regel kann die Gebietskörperschaft als Wegeeigentümer die Einräumung eines Wegenutzungsrechtes nur ablehnen, wenn zwingende Gründe entgegenstehen (z. B. Raummangel). Möglicherweise kann die Gebietskörperschaft, sofern sie im Einzelfall aufgrund ihres Eigentums am öffentlichen Verkehrsraum ein marktbeherrschendes oder gar Monopolunternehmen ist, auch nach den §§ 22 und 26 GWB zur Gestattung der Wegenutzung verpflichtet sein ²⁷⁾. Aber auch nach § 826, 249 BGB kann in diesem Fall ein derartiger Kontrahierungszwang begründet sein ²⁸⁾. Bei der Verweigerung der Gestattung könnte u. U. nach einem energiegeseztlichen Vorverfahren (§ 11 Abs. 1 EnG) eine Enteignung nach den Landesenteignungsgesetzen durchgeführt werden ²⁹⁾.

bb) Die Nutzung privaten Bodens

Die Nutzung privaten Bodens wird, da meist die Voraussetzungen des § 905 Abs. 2 BGB nicht vorliegen, privatrechtlich vereinbart. Zur Vereinfachung wird in den AVB ³⁰⁾, Abschnitt III Ziff. 3 bestimmt, daß jeder Abnehmer seine Grundstücke für Zwecke der örtlichen Versorgung ohne Ent-

gelt zur Verfügung stellen muß³¹⁾. Daneben werden für die Transportleitungen oft Vereinbarungen zwischen Verbänden der öVU und der Grundstückseigentümer (insbesondere Bauernverbände) mit Richtlinien für die Entschädigung getroffen³²⁾. Auch hier gelten aber § 11 EnG und die landesrechtlichen Vorschriften^{33) 34)}.

2. Die öffentlichen Versorgungsunternehmen

a) Der Begriff des Energieversorgungsunternehmens

Wie im französischen El. Recht ist im westdeutschen zwischen sog. öffentlicher ElV und der privaten El. Wirtschaft zu unterscheiden, wenngleich diese Unterscheidung eine völlig andere Bedeutung hat und auch nach anderen Kriterien zu treffen ist.

§ 2 Abs. 2 Satz 1 EnG definiert:

"Energieversorgungsunternehmen i. S. dieses Gesetzes sind ohne Rücksicht auf Rechtsformen und Eigentumsverhältnisse alle Unternehmen und Betriebe, die andere mit elektrischer Energie versorgen oder Betriebe dieser Art versorgen (öffentliche Energieversorgung)".

"Öffentliche Versorgung" ist also die Versorgung "anderer", selbst wenn es sich nur um die Versorgung eines einzigen Abnehmers handelt³⁵⁾, sofern diese Versorgung nicht völlig unbedeutend ist. Das Wort "öffentlich" soll lediglich zum Ausdruck bringen, daß es sich bei der Versorgung anderer mit el. Energie nicht um ein gewöhnliches Umsatzgeschäft handelt, sondern um eine wirtschaftliche Betätigung von allgemeiner und lebenswichtiger Bedeutung, die sich schon durch ihre besondere Art aus der übrigen gewerblichen Wirtschaft heraushebt³⁶⁾.

Betriebe, welche nur teilweise oder im Nebenbetrieb öffentliche ElV betreiben, gelten insoweit als Energieversorgungsunternehmen (EVU) (§ 2 Abs. 2 Satz 2 EnG). Schon die Formulierung "Unternehmen und Betriebe" läßt den Willen des Gesetzgebers erkennen, möglichst alle Tatbestände zu erfassen, in denen rein tatsächlich eine Versorgung anderer vorliegt³⁷⁾.

b) Die privatwirtschaftlich geführten öffentlichen Versorgungsunternehmen

Wie bereits angedeutet, bestehen in der BR sowohl privatwirtschaftliche als auch öffentlichrechtlich betriebene öVU³⁸⁾. Auch die privatwirtschaft-

lich geführten öVU befinden sich zumeist in der Hand der Gemeinden, der Gemeindeverbände, der Länder oder des Bundes³⁹⁾. Nach einer Zeit mehr oder weniger einschneidender Eingriffe zwischen 1935 und 1948 ist auch die ö. Wirtschaft wieder mehr nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen ausgerichtet worden.

Die Hauptträger der westdeutschen EIV sind heute die großen gemischt-wirtschaftlichen oder vollständig in öffentlicher Hand befindlichen Unternehmen in der Form von Aktiengesellschaften des Wirtschaftsprivatrechtes, so etwa die Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk AG (RWE), welche allein mehr als ein Drittel der gesamten westdeutschen EIV kontrolliert.

Die Geschäftsführung dieser Unternehmen folgt rein wirtschaftlichen Überlegungen, so daß der technischen und wirtschaftlichen Eigengesetzlichkeit der Unternehmen sowie dem privatrechtlichen Charakter des öffentlichen Eigentums Rechnung getragen werden kann. Der ausschließliche oder überwiegende Anteil der öffentlichen Hand am Geschäftskapital und der Geschäftsführung soll - wenngleich meist nicht ausdrücklich normiert - die bestmögliche Belieferung aller Abnehmer bewirken.

Rein private öVU sind an der deutschen EIV nur zu einem sehr geringen Teil beteiligt. Auch diese Unternehmen werden meist in der Form einer Aktiengesellschaft betrieben.

Alle diese Unternehmen privatwirtschaftlicher Unternehmensform in öffentlicher, gemischter oder privater Hand betreiben die öffentliche EIV nach ganz überwiegender Meinung privatrechtlich. Die Gegenmeinung wird bis heute hauptsächlich für die gemeindlichen Unternehmen vertreten. Die öffentliche EIV wird hier als eine öffentlich-rechtliche Fürsorgepflicht der Gemeinden aufgefaßt (sog. Daseinsvorsorge⁴⁰⁾ ⁴¹⁾). Die Daseinsvorsorge sei eine "Darbringung von Leistungen, auf welche der in die moderne massen-stümliche Lebensform verwiesene Mensch lebensnotwendig verwiesen" sei. Dieser juristisch nicht faßbare Begriff der Daseinsvorsorge hat im Verwaltungsrecht jedoch keinen Eingang gefunden; das EnG kennt keine der Verwaltung vorbehaltene primäre V. Pflicht⁴²⁾; es hat zu dieser Frage wohl bewußt keine Stellung genommen⁴³⁾, um der damaligen ö. rechtlichen Entwicklung nicht vorzugreifen, und sich darauf beschränken wollen, die Funktionsfähigkeit der deutschen Energiewirtschaft zu schützen und die Allgemeinheit vor ungesunden und nicht lebensfähigen Unternehmen zu bewahren⁴⁴⁾. Die Gemeindeordnungen schreiben den Gemeinden im Gegenteil Zurückhaltung in jeglicher wirtschaftlicher Betätigung vor, soweit die allgemeinen Bedürfnisse von der Privatwirtschaft befriedigt werden können⁴⁵⁾;

nur subsidiär sind sie zur EIV berufen und verpflichtet ⁴⁶⁾ ⁴⁷⁾. Auch das W. gerecht kann die These einer öffentlichrechtlichen Aufgabe der Daseinsvorsorge nicht stützen, da die "Konzessionsverträge", wie bereits ausgeführt, privatrechtlicher Natur sind. Die Daseinsvorsorge muß daher als soziologischer Begriff ⁴⁸⁾, als politisches Leitziel ⁴⁹⁾ betrachtet werden ⁵⁰⁾. Mit der absolut herrschenden Meinung ist daher auch die EIV gemeindlicher privatwirtschaftlich geführter Betriebe als privatrechtliche Tätigkeit anzusehen.

c) Die öffentlichrechtlich betriebenen öffentlichen Versorgungsunternehmen

Die sich zusehends vermindernden öffentlich-rechtlich betriebenen öVU sind gemeindliche Regie- oder Eigenbetriebe.

Der Regiebetrieb besitzt weder eine eigene Rechtspersönlichkeit noch eigenes Vermögen und hat lediglich den El. Bedarf der Gemeindeangehörigen zu decken. Er entspricht weitgehend dem französischen Regiebetrieb, ist ebenso Bestandteil des Gemeindehaushaltes und unterliegt den Bestimmungen und ist Teil der öffentlichen Verwaltung. Er ist auch den Verwaltungsrichtlinien unterworfen. Die Energieabgabe ist regelmäßig in einer Satzung festgelegt. Eine wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung tragende Betriebsführung entfällt hier völlig.

Der Eigenbetrieb ist aus der reinen Verwaltungssphäre herausgehoben, wird jedoch von einem Gemeindedirektor geführt, welcher dem Gemeinderat unmittelbar untersteht. Teilweise können die Eigenbetriebe privatwirtschaftlichen Unternehmen gleichgestellt werden.

Grundsätzlich sind also öVU sowohl als öffentliche Anstalt als auch als gewerblicher Betrieb möglich, je nach dem Willen der Gemeinde, soziale oder fiskalische Interessen zu verfolgen. Eine öffentliche Anstalt ist dann anzunehmen, wenn der Gewinn nur nebensächliche Folge, in erster Linie aber das öffentliche Interesse an der EIV Grund der Einrichtung ist ⁵²⁾.

Um die Gemeindemitglieder nicht nur zur Benutzung der EIV. Anlage zu berechtigen, sondern sie im Interesse der besseren Rentabilität auch zu verpflichten, ist häufig für die örtliche EIV eine öffentlich-rechtliche Benutzungsordnung geschaffen worden, um verwaltungsrechtliche Vorteile auszunutzen. Diese hoheitliche EIV ist regelmäßig nicht nur durch eine Satzung oder andere öffentlich-rechtliche Vorschriften über den Anschluß und die E. gekennzeichnet ⁵³⁾, sondern auch durch das durch die Verfolgung öffentlicher Interessen bedingte Kostendeckungsprinzip, welchem alle öffentlichen

Anstalten der Gebietskörperschaften unterstehen ^{54) 55)}.

Abgesehen von diesen Ausnahmefällen ist die EVU dem Privatrecht unterstellt ⁵⁶⁾.

3. Die Marktordnung der öffentlichen Elektrizitätsversorgung

a) Die funktionelle Struktur der öffentlichen Elektrizitätsversorgung

In der BR ist eine große Zahl von Unternehmen auf dem Gebiete der öffentlichen EVU tätig ⁵⁷⁾. Obwohl der technische Fortschritt und die ständige Rationalisierung immer mehr die optimalen Bedingungen der drei Grundfunktionen der Erzeugung, des Transportes und der Verteilung in den Vordergrund stellen und deutlich ein Konzentrationsprozeß erkennbar ist, welcher insbesondere durch den fast vollständigen Verbund aller westdeutschen EVU beschleunigt wird, bestehen heute noch viele Unternehmen, die unrationell arbeiten und nur aufgrund langfristiger Liefer- und Gebietsschutzverträge bestehen können. Dies gilt vor allem für die kleinen kommunalen Betriebe, welche mitunter noch ohne Verbund arbeiten ^{58) 59)}.

Nach den o. genannten technischen und wirtschaftlichen Grundfunktionen lassen sich folgende EVU unterscheiden:

1. Die reinen Erzeuger-Unternehmen, meist Großkraftwerke an hinsichtlich der Beschaffung von Primärenergieträgern günstigen Standorten oder in Verbrauchszentren.

2. Die Großverteiler (auf überregionaler und regionaler Stufe), welche den Großtransport und Verbund el. Energie meist verschiedener Großkraftwerke bzw. Großerzeuger-Unternehmen ⁶⁰⁾ in Hoch- und Mittelspannungsnetzen zu bzw. zwischen regionalen und örtlichen Verteilerunternehmen sowie einzelnen industriellen Großabnehmern übernehmen.

3. Die örtlichen El. Verteiler, welche - manchmal lediglich mit niedergespanntem Strom - Endabnehmer (Tarif- und Sonderabnehmer) im Bereich eines Landkreises, einer Stadt oder in einigen dörflichen Gemeinden beliefern ⁶¹⁾.

Die Aufgabenverteilung zwischen den EVU entspricht in der BR - ebenso wie in Frankreich - dieser funktionellen Aufteilung nicht in allen Fällen. So besteht oft eine Kette von mehr als 3 Stufen; nicht selten werden alle drei Funktionen durch ein EVU übernommen ⁶²⁾. 1958 waren 1/3

aller westdeutschen EVU sowohl Erzeuger und Verteiler und 2/3 reine Verteilerunternehmen⁶³⁾. Diese Abweichung der tatsächlichen Struktur der Unternehmerchaft der öffentlichen EIV von den drei el. wirtschaftlichen Grundfunktionen darf jedoch nicht allein als Übergangsstadium betrachtet werden, da sie teilweise auf wirtschaftlichen Gründen beruht. Die Großkraftwerke, regelmäßig Kondensationskraftwerke mit hohen spezifischen Anlagekosten, arbeiten zwar regelmäßig billiger als alle übrigen öVU-Kraftwerke; ihre volle Kapazitätsausnutzung kann jedoch nur eine gleichbleibende "Bandbreite" erbringen, welche den Nachfrageschwankungen nicht angepaßt werden kann. Die Großkraftwerke stellen daher lediglich den benötigten Grundstrom, während die Groß- und örtlichen Verteiler den übrigen sehr schwankenden Bedarf durch kleinere, teurer arbeitende Kraftwerke mit spezifisch niedrigeren Anlagekosten decken. Auch hier ist eine Aufgabenteilung zwischen den etwa was größeren Zusatzkraftwerken der Großverteiler und den kleineren, etwas ungünstiger arbeitenden Kraftwerken der örtlichen Verteiler zu beobachten. Der Betrieb der einzelnen Kraftwerke richtet sich meist nach seinen Arbeitskosten. Die billigsten arbeiten ständig und haben den Grundbedarf zu decken, die teureren sind nur kurzzeitig in Betrieb und haben den Zus. Strom in Stark- und Spitzenlastzeiten zu liefern.

Nicht nur die Nachfrageschwankungen haben zu dieser Aufteilung zwischen Kraftwerken mit spezifisch hohen Anlagekosten und niedrigen Arbeitskosten bei hoher Benutzungsdauer (große Absatzempfindlichkeit) und kleineren Kraftwerken niedrigerer Anlagekosten mit höheren Arbeitskosten und niedrigerer Benutzungsdauer (geringere Absatzempfindlichkeit) geführt. Auch die Leitungskosten und Leitungsverluste rechtfertigen wirtschaftlich oft kleinere Kraftwerke in abgelegenen Gebieten, weil die Großkraftwerke wegen der beschränkten wirtschaftlichen Transportfähigkeit des Stroms nur in der Nähe größerer Verbrauchszentren oder Zentren der Förderung bzw. Erzeugung besonders billiger, wirtschaftlich noch transportempfindlicherer Primärenergie-träger wirtschaftlich vorteilhaft und somit standortgebunden sind.

Die Wirtschaftlichkeit der einzelnen Kraftwerke und die Verbrauchsnähe entscheiden so über den Umfang der Dezentralisierung der El. Erzeugung. Die Vielstufigkeit der El. Wirtschaft muß daher keineswegs immer zu Verteuerungen führen⁶⁴⁾.

Schließlich ist noch zu berücksichtigen, daß die miteinander im Verbund stehenden EVU nicht immer öVU, d. h. reine EVU i. S. des § 2 Abs. 2 EnG darstellen, sondern auch solche sein können, die sich lediglich im "Nebenbetrieb" el. wirtschaftlich betätigen (regelmäßig iEEr)⁶⁵⁾.

Die Struktur der westdeutschen öffentlichen ELV ist deshalb recht unübersichtlich, zumal aufgrund der langfristigen "Konzessionsverträge" und der kommunalen Machtstellung, welche auf dem Eigentum der öffentlichen Wege beruht, heute noch viele, insbesondere kommunale Unternehmen und Betriebe weitergeführt werden, welche unter rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten keine Existenzberechtigung mehr haben und im Rahmen einer fortschreitenden Konzentration in der El. Wirtschaft allmählich verschwinden werden. Dieser Konzentrationsprozeß, welcher sich an der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Unternehmen ausrichtet, hat trotz des fiskalischen Interesses der Kommunen an den "Konzessionsabgaben" und damit dem Weiterbestand der bisherigen Konzessionsverträge erhebliche Fortschritte erzielt.

Die o. a. el. wirtschaftlichen Grundfunktionen können nur teilweise mit der Erzeugung und dem Vertrieb über Groß- und Einzelhändler für leistungsungebundene Wirtschaftsgüter verglichen werden. Weder heute noch in Zukunft läßt sich eine dahingehende Regel aufstellen, daß der Strom von einem Unternehmen A erzeugt und von den Unternehmen, B, C und D als überregionales, regionales und örtliches Unternehmen an den Endverbraucher weitergegeben wird. Abgesehen von der wirtschaftlich bedingten Dezentralisierung der El. Erzeugung begünstigt zwar auch die später noch zu erörternde monopolistische Marktstellung der einzelnen EVU die El. Erzeugung durch regionale und örtliche El. Verteiler. Andererseits ermöglicht der moderne Verbund die Ersetzung aller unrentablen Anlagen und fördert so - ebenso wie die hohe Kapitalintensität des El. Transportes und der El. Verteilung (wegen der erforderlichen Investitionslasten und -risiken) - eine gewisse funktionelle Aufgabenteilung zwischen den el. wirtschaftlichen Unternehmen, welche durch die technisch vervollkommenen Lastverteileranlagen erleichtert wird. Die StromV von Endabnehmern durch Erzeugerunternehmen wird deshalb nicht als el. wirtschaftliche Anomalie behandelt werden können.

b) Die Regelung der wettbewerblichen Beziehungen der öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen untereinander

Nach den obigen Ausführungen über die öffentliche ELV könnte angenommen werden, in der BR bestünde ein Gewirr von El. Leitungen und eine völlig unübersichtliche Lage auf dem El. Markt. In Wahrheit ist dieser ebenso in V. Gebiete aufgeteilt wie z. B. in Frankreich. Die Klein- oder Tarifabnehmer stehen in den einzelnen, sich lückenlos über das gesamte Staatsgebiet erstreckenden V. Gebieten nur einem einzigen El. Lieferanten gegenüber, welcher in diesem Gebiet gegen Konkurrenten abgeschirmt ist. Bei

der Versorgung von Großabnehmern tritt wie in Frankreich evtl. an die Stelle des örtlichen Verteilers das "zuständige" regionale Unternehmen. Dasselbe gilt für die mittelbaren V.Gebiete, d. h. die regionale und überregionale EIV von örtlichen El. Verteilern und industriellen Großabnehmern⁶⁶⁾ wenngleich diese mittelbaren V.Bezirke meist nur unvollkommen ausgebildet und entsprechend der geringeren Kapitalintensität eine kürzere Laufzeit haben. Desgleichen ist der El. Transport, d. h. der Großverbund, durch Ausschließlichkeitsabreden gegen Konkurrenz geschützt. Es gibt daher in der BR ebenso wenig wie in Frankreich volkswirtschaftlich unerwünschte Parallelleitungen.

Diese Marktordnung der El. Wirtschaft geht nicht auf gesetzliche Vorschriften zurück, sondern auf ein umfangreiches Vertragssystem zwischen den EVU und den Gebietskörperschaften. Die bereits geschilderten technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten haben die el. wirtschaftlichen Unternehmen schon sehr früh veranlaßt, untereinander ihre Absatzmärkte aufzuteilen und durch ausschließliche Wegenutzungsverträge mit den Gebietskörperschaften zu sichern, um durch den gesicherten Abnehmerkreis das Risiko der hohen und langfristigen Investitionen auf ein Mindestmaß zu beschränken.

Diese wettbewerbsbeschränkenden Marktordnungsverträge, welche sowohl zwischen privatrechtlich als auch öffentlichrechtlich geführten EVU geschlossen wurden, sind von der Verwaltung, der Rechtsprechung und dem Gesetzgeber bis heute geduldet worden. Nur einige Unzuträglichkeiten sind beseitigt worden. So schreibt z. B. § 6 EnG vor, wie später noch eingehend erörtert werden wird, die GebietsV.-Unternehmen haben jedermann innerhalb ihres V.Gebietes zu bestimmten Bedingungen und Preisen an das V. Netz anzuschließen und mit Strom zu versorgen. In dieser Vorschrift kommt klar zum Ausdruck, daß der Gesetzgeber die monopolistische Stellung eines EVU in einem bestimmten V.Gebiet nicht verbietet, sondern als gegeben hinnimmt, jedoch daran bestimmte Pflichten knüpft.

Erst im Jahre 1957 ist mit Inkrafttreten des GWB durch § 103 eine positivrechtliche Bestätigung des wettbewerbsbeschränkenden Vertragsrechtes der öffentlichen EIV erfolgt⁶⁷⁾, welche in Anerkennung des werbenden, technisch und wirtschaftlich jedoch besonderen Charakters der öffentlichen EIV deren wettbewerbsbeschränkende Grundverträge zwar vom Kartellverbot ausnimmt, trotzdem aber den gesamten Wirtschaftszweig im übrigen dem GWB unterstellt^{68) 69)}. Dazu heißt es in der Begründung zu § 77 des GWB-Entwurfes⁷⁰⁾:

"Die Energie- und Wasserwirtschaft kann nicht völlig von den Grundsätzen dieses Gesetzes freigestellt werden, insbesondere da das noch geltende Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935 keine Bestimmungen gegen ungerechtfertigte Beschränkungen des Wettbewerbs enthält. Andererseits bestehen in der öffentlichen Versorgungswirtschaft besondere Wettbewerbsverhältnisse. Das beruht auf der Eigenart von Erzeugung und Verbrauch; beide stellen einen technisch und zeitlich im wesentlichen untrennbaren Vorgang dar, Speicherung von Energie und Wasser ist nur im beschränkten Umfang möglich. Ferner erfordert die Errichtung neuer Versorgungsanlagen einen erheblichen Aufwand an Zeit und Kapital; es ist deshalb nicht möglich, jederzeit elastisch und mit wirtschaftlich größtem Nutzeffekt die Erzeugung einem vergrößerten oder verringerten Bedarf anzupassen.

Diesen besonderen technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen würde man nicht gerecht werden, wenn das GWB in vollem Umfang auf die Energie- und Wasserwirtschaft Anwendung finden würde. Die öffentliche Versorgungswirtschaft kennt insbesondere eine Reihe von Verträgen, die zwar i. S. des § 1 wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen darstellen oder i. S. der §§ 101 ff. Preisbindungen enthalten, gegen die jedoch aus gesamtwirtschaftlichen Gründen keine Bedenken zu erheben sind, weil die Verträge die Grundlage für eine geregelte und preisgünstige Versorgung bilden. Insoweit ist es daher angemessen, Ausnahmen zuzulassen ...".

Hier ist deutlich zum Ausdruck gekommen, daß der Gesetzgeber die 1. Wirtschaft nur wegen ihrer technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten kartellrechtlich besonders behandelt. Die Sicherung einer billigen und sicheren ELV für die Allgemeinheit scheint dem Gesetzgeber durch die kartellrechtlichen Sonderregelungen und die energiegesetzlichen Tatbestände, welche der Energieaufsichtsbehörde in äußersten Fällen rechtsgestaltenden Eingriffe in die unternehmerische Freiheit der EVU erlauben, hinreichend gewährleistet zu sein. Grundsätzlich ist daher davon auszugehen, daß die 1. Wirtschaft im übrigen dem Markt wie jeder andere Wirtschaftszweig dem allgemeinen Wirtschaftsrecht, mithin der Marktwirtschaft unterstellt ist, welche im Wettbewerb die Ordnungsfunktion auf dem Markt sieht.

Die kartellrechtlich besonders behandelten Marktordnungsverträge gelten auch für und gegen EVU, welche die ELV als solche hoheitlich ausführen⁷¹⁾. Die Marktordnung zwischen den el. wirtschaftlichen Unternehmen

beruht auf privatrechtlichen Verträgen über Marktabgrenzungen bzw. den Marktschutz in anderer Form. Selbst Verbundverträge, welche den Bezug und die Belieferung der EVU untereinander regeln, haben grundsätzlich auch dann privatrechtlichen Charakter, wenn daran Betriebe beteiligt sind, die die Belieferung der Endabnehmer im V. Gebiet hoheitlich durchführen, wenn der EVU-Verbund nicht öffentlich-rechtlich geregelt ist. Die Gebietskörperschaften als Träger der hoheitlich versorgenden V. Betriebe unterfallen daher sowohl bei den Marktordnungsverträgen als auch bei wettbewerbsbeschränkenden Verbundverträgen über den ausschließlichen Bezug oder die ausschließliche Einspeisung in ein Verbundnetz der öffentlichen ELV dem GWB ⁷²⁾, es allein maßgeblich ist, ob sich das jeweilige Verhalten wettbewerbsbeschränkend auswirkt oder nicht ⁷³⁾.

c) Die Elektrizitätswirtschaftlichen Marktordnungsverträge nach dem GWB

Die gemäß § 103 Abs. 1 GWB von den §§ 1, 15 und 18 GWB ausgenommenen ⁷⁴⁾ Marktordnungsverträge bilden die maßgeblichen Ordnungsfaktoren der derzeitigen westdeutschen El. Wirtschaft. Sie sind nicht nur für das rechtliche Verhältnis der EVU untereinander, sondern auch für dasjenige der EVU zu den übrigen El. Erzeugern von entscheidender Bedeutung.

aa) Die Demarkationsabreden

§ 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB nimmt solche Verträge von Unternehmen der öffentlichen ELV mit anderen derartigen Unternehmen oder mit Gebietskörperschaften vom Kartellverbot, dem Verbot der vertraglichen Beschränkung der Gestaltung von Preisen und Geschäftsbedingungen gegenüber Dritten und der Möglichkeit der kartellbehördlichen Aufhebung der die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vertragspartners einschränkenden Verträge (§§ 1, 15 und 18 GWB ⁷⁵⁾) aus, "soweit sich durch sie ein Vertragsbeteiligter verpflichtet, in einem bestimmten Gebiet eine öffentliche Versorgung über feste Leitungswege mit Elektrizität ... zu unterlassen".

Diese Regelung wird in der Begründung zu § 77 des GWB-Entwurfes damit motiviert, eine gesicherte Versorgung sei nur möglich, wenn dem V. Unternehmen ein bestimmter, in seinem Bedarf übersehbarer Abnehmerkreis gegenüberstehe. Nur so könnten die Unternehmen für ihre Erzeugungs- und Verteileranlagen einen hohen Ausnutzungsgrad erreichen und damit bei technisch ausreichend gesicherter Versorgung einen niedrigen Preis für ihre Leistung in Rechnung stellen. Das setze voraus, daß den EVU bestimmte Gebiete zur

ausschließlichen Versorgung oder bestimmte Wege zur ausschließlichen Leitungsführung zur Verfügung stehen. Nur die Gewährleistung einer kontinuierlichen Abnahme der Erzeugung der Energiewerke könne deren wirtschaftliches Arbeiten im Interesse der öffentlichen Versorgung sichern ⁷⁶⁾.

Eine große Zahl verschiedenartiger Demarkationsabreden, welche lediglich einen relativen, d. h. nur zwischen den Vertragsparteien wirkenden Gebietsschutz bewirken, sichern die lückenlose Gebietsaufteilung der BR in 17. Märkte einzelner EVU. Nur eine wirtschaftliche Betrachtungsweise kann bei der Subsumtion der einzelnen Vertragstypen unter § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB zur sachgerechten Behandlung führen ⁷⁷⁾. Die wichtigsten seien hier kurz genannt:

Nach zurecht herrschender Auffassung ⁷⁸⁾ werden nicht nur die unmittelbaren Demarkationen, d. h. die Aufteilung örtlicher Gebiete für die Endverbraucher-V., sondern auch die mittelbaren, welche auf regionaler und überregionaler Ebene den Lieferbreich einzelner überregionaler EVU hinsichtlich der Versorgung der Verteilerunternehmen und industriellen Großabnehmer festlegen, vom Tatbestand des § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB erfaßt.

Dasselbe gilt für Klauseln in Verträgen zwischen regionalen und örtlichen Verteilern, nach welchen sich die örtlichen Verteiler verpflichten, den vom Vertragspartner bezogenen Strom nur für ein bestimmtes V. Gebiet zu verwenden ⁷⁹⁾.

Es kann im Ergebnis auch der herrschenden Auffassung ⁸⁰⁾ zugestimmt werden, wenn sie die "Gebiets"-Schutzverträge nicht nur auf räumliche, sondern auch auf quantitative Abgrenzungen beziehen, so daß z. B. eine Marktabgrenzung nach der bei den einzelnen Versorgungsverträgen ins Auge gefaßten Strommenge den kartellrechtlichen Sondertatbestand des § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB erfüllt (sog. Grenzmengenabkommen ^{81) 82)}). Man wird sogar Abgrenzungen nach der Spannung des zu liefernden Stroms oder sogar nach Namen der Abnehmer unter den Tatbestand subsumieren können ⁸³⁾, sofern nur dadurch eine Sicherung eines bestimmten Abnehmerkreises und die Vermeidung unnötiger Parallelleitungen ermöglicht werden.

Der Tatbestand der Demarkation dürfte auch durch Klauseln in Durchleitungsverträgen erfüllt sein, nach welchen sich die Gebietskörperschaften oder das betreffende GebietsV. Unternehmen ausbedingt, daß der Durchleitende mit der Transitleitung im Gebiet dieser Leitung eine unmittelbare Versorgung anderer unterläßt.

Besonders umstritten und auch für das Verhältnis zwischen öVU und iEer sehr bedeutsam sind die sog. Kapazitätsklauseln, d. h. die vertraglichen Errichtungs-, Erweiterungs- und Stilllegungsverbote hinsichtlich der Eigenzeugungsanlagen von Weiterverteilern. Soweit diese Klausel die Konkurrenz auf einem bestimmten V. Gebiet für die Zeit der jeweiligen Verträge betrifft, dürfte sie als "Demarkation" zulässig sein ⁸⁴⁾. Dagegen dürfte die allgemeine Bindung des Weiterverteilers, keinen Strom selbst zu erzeugen, nicht mehr durch § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB gedeckt sein ⁸⁵⁾, da sie über die Verpflichtung, in einem umgrenzten Gebiet für die Vertragsdauer eine öffentliche Versorgung zu unterlassen, weit hinausgeht ⁸⁶⁾. Das selbe gilt für Abreden, die Versorgung über ein bestimmtes Gebiet hinaus zu unterlassen. Alle diese Klauseln gehen über die zulässige Demarkation insofern hinaus, als sie die EigenV des Verpflichteten oder dessen el. wirtschaftliche Tätigkeit in einem vom Vertrag nicht erfaßten Gebiet oder die Vorbereitung der Aufnahme der öffentlichen Versorgung im Vertragsgebiet nach Vertragsablauf betreffen ^{87) 88)}.

Auch die Verpflichtung zum ausschließlichen El. Bezug geht wegen ihrer allgemeinen Beschränkung der Vertragsfreiheit über den Marktschutz der Demarkation hinaus und unterfällt nicht mehr § 103 Abs. 1 Ziff. 1 sondern § 18 Abs. 1 GW 2 GWB ⁸⁹⁾.

Die Demarkationsabreden - ihrem Wesen nach Rationalisierungskartelle ⁹⁰⁾ - sind immer wieder Gegenstand scharfer Auseinandersetzungen zwischen den Vertretern der öVU und den iEern (VDEW und VIK) gewesen. Im Gegensatz zur VDEW, welche an der Demarkation festhalten will, haben sich die VIK und das BKartA wiederholt für die Abschaffung der Ausnahmevorschrift eingesetzt, weil sie dem einzelnen el. wirtschaftlichen Unternehmen - sei es ein öVU oder ein iEer - die Wahl desjenigen el. wirtschaftlichen Vertragspartners, welcher ihm die günstigsten Bedingungen und Preise bietet, nimmt und so im erheblichen Maße die preisregulierende Funktion des Wettbewerbs schwäche. Die VDEW vertritt dagegen die Ansicht, die Gefahren der Demarkationsabreden seien durch die V. Pflicht und die Preisaufsicht aufgefangen. Die besondere wirtschaftliche und technische Situation der öffentlichen EIV rechtfertige weiterhin den beruhigenden Schutz der Demarkationsverträge ⁹²⁾.

Der Referentenentwurf zur GWB-Novelle hatte die ersatzlose Streichung des Demarkationsvertrages aus dem § 103 GWB vorgesehen ⁹³⁾. Der Entwurf des Bundeswirtschaftsministeriums hat jedoch von dieser Maßnahme Abstand genommen, weil diese Frage noch nicht ausdiskutiert sei ⁹⁴⁾. Diese Entscheidung

ung ist deshalb zu begrüßen, weil die Aufteilung in V. Gebiete tatsächlich eine unwirtschaftliche Parallelität von V. Leitungen verschiedener EVU verhindert und so eine gewisse Rationalisierung zur Folge hat. Andererseits dürfte die allgemeine und uneingeschränkte Erlaubnis der Demarkationsabreden der wirtschaftlichsten ElV im Wege stehen, weil sie unrentable EVU erhalten; sie verhindern die Wahl des billigsten El. Lieferanten und damit die optimale Produktivität der El. Wirtschaft. Es empfiehlt sich daher, eine entsprechende Modifizierung des Ausnahmetatbestandes des § 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB, welche im Einklang mit der geplanten Neuordnung der El. Wirtschaft vorgenommen werden sollte.

bb) Die "Konzessionsverträge"

Nach § 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB sind die §§ 1, 15 und 18 GWB auch auf die bereits erwähnten "Konzessionsverträge" anwendbar, d. h. auf Verträge von EVU "mit Gebietskörperschaften, soweit sich durch sie eine Gebietskörperschaft verpflichtet, die Verlegung und den Betrieb von Leitungen auf oder unter öffentlichen Wegen für eine bestehende oder beabsichtigte unmittelbare öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern im Gebiet der Gebietskörperschaft mit Elektrizität ... ausschließlich einem Versorgungsunternehmen zu gestatten".

Diese Verträge, welche die ausschließliche Nutzung der öffentlichen Wege und sonstiger Verkehrsräume im Eigentum der Gebietskörperschaft ⁹⁵⁾ zum Gegenstand haben, entfalten zwar eine absolute Wirkung ⁹⁶⁾, beziehen sich jedoch nur auf die bestehende oder beabsichtigte unmittelbare, d. h. örtliche ElV von Endabnehmern, nicht auf die Wegenutzung für regionale und überregionale Verteiler, für Leitungen für den zum Eigenverbrauch bestimmten Strom (der öVU, iEEr oder Gebietskörperschaften) ⁹⁷⁾ oder für reine Transitleitungen ⁹⁸⁾.

Auch die ausschließlichen Wegenutzungsverträge für die öffentliche Versorgung von Letztverbrauchern sind insbesondere von der Industrie kritisiert worden, weil sie es den iEErn unmöglich machen, Überschußstrom an andere innerhalb des so geschützten V. Gebietes zu liefern. Diese Verträge verhindern ebenso wie die Demarkationsverträge den Bezug el. Stroms von einem anderen als dem durch den Vertrag im V. Gebiet allein zur EndabnehmerV berechtigten EVU, selbst wenn andere Unternehmen zu günstigeren Bedingungen liefern könnten und auch geringere Anschlußleitungen zu bauen hätten ⁹⁹⁾. Eine vermittelnde Meinung will die Höchstdauer der Konzessionsverträge auf 20 Jahre beschränken und die Gemeinde zur öffentlichen Aus-

schreibung der "Konzessionsverträge" und der Annahme des preisgünstigsten V. Angebotes verpflichten ¹⁰⁰⁾. Unter Wahrung des Schutzes für die Dauer der Amortisation der installierten Anlagen soll ein Optimum an Wettbewerb erreicht werden ¹⁰¹⁾.

cc) Die Preisbindungsverträge

§ 103 Abs. 1 Ziff. 3 GWB nimmt Verträge von V. Unternehmen mit V. Unternehmen der Verteilerstufe, soweit sich das letztere verpflichtet, seine Abnehmer nicht zu ungünstigeren Preisen oder Bedingungen mit Elektrizität über feste Leitungswege zu versorgen, als sie das zuliefernde V. Unternehmen seinen vergleichbaren Abnehmern gewährt, von den Vorschriften der §§ 1, 15 und 18 GWB aus. Nach der Begründung zu § 77 Abs. 1 Ziff. 3 des GWB-Entwurfes sind diese Verträge unerlässlich, um innerhalb der öffentlichen Versorgung eine gerechte Preis- und Tarifpolitik durchführen zu können. Dadurch sollen die Letztverteiler gehindert werden, ungünstigere Preise festzusetzen, als es den Eigenbezugsbedingungen entspricht. Diese Preisbindungsverträge umfassen nach allgemeiner Ansicht auch die sog. Gleichpreisigkeitsklauseln, d. h. die Abrede, daß der Verteiler die Preise seines Zulieferers für Verträge mit vergleichbaren Abnehmern einzuhalten hat ¹⁰²⁾. Würde dagegen der Verteiler verpflichtet, nicht zu günstigeren Preisen als der Zulieferer el. Energie zu verkaufen, so wäre diese Abrede wegen Verstoßes gegen § 1 GWB unwirksam ¹⁰³⁾.

dd) Die Verbundabreden

§ 103 Abs. 1 Ziff. 4 GWB bestimmt, daß Verträge von V. Unternehmen mit anderen V. Unternehmen, soweit sie zu dem gemeinsamen Zweck abgeschlossen sind, bestimmte V. Leistungen über feste Leitungswege ausschließlich einem oder mehreren V. Unternehmen zur Durchführung der öffentlichen Versorgung zur Verfügung zu stellen, von den §§ 1, 15 und 18 GWB ausgenommen sind. Diese Verbundverträge faßte der Gesetzgeber als reine Rationalisierungskartelle auf, wie sich aus der Begründung zum GWB-Entwurf zu dieser Bestimmung ergibt: "Ein weiterer Weg, um die Versorgung bei geringstem Kapitalaufwand sicher und preiswert durchzuführen, ist dadurch gegeben, daß eine größere Zahl von Energieerzeugern zur gemeinsamen Belieferung größerer Bezirke herangezogen werden ... Auf diese Weise lassen sich Spitzenbeanspruchungen leichter ausgleichen. Ein Saison- und ein Konjunkturausgleich kann dann sowohl im Netz des Großverteilers selbst als auch durch die Art und Höhe der Beanspruchung der einzelnen Erzeugerwerke durchgeführt werden ...". Wie Eiser-Riederer ¹⁰⁴⁾ zurecht ausführen,

wird dabei augenscheinlich angestrebt, eine monopolartige Festlegung des erzeugten Produktes auf eine begrenzte Zahl von Beziehern zu überwachen. Die Vereinbarungen verschiedener Eigenversorger über die Benutzung gemeinsamer Energiequellen und -leitungen dürften nicht hierzu zählen ¹⁰⁵).

Die Gesamtheit der kartellrechtlich erlaubten, in ihren Grundtypen hier vorgestellten el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträge haben zu einer etwas unübersichtlichen Marktaufteilung der öffentlichen ElV geführt, wobei in den einzelnen Funktionsstufen die verschiedensten Marktformen, wie Nachfrage-, Angebots- und bilaterale Monopole bzw. Oligopole auftreten ¹⁰⁶).

Die "Konzessionsverträge" haben meist, sofern es sich nicht um sog. Ewigkeitsverträge handelt ¹⁰⁷), eine Laufzeit von 25 bis 30 Jahren. Nur zur Zeit des Vertragsablaufes bzw. bei ihrer Kündigung kann kurzfristig eine Wettbewerbssituation entstehen, welche sich in der Regel jedoch nur um die "Neubesetzung" des etwa frei gewordenen V. Gebietes konzentriert ¹⁰⁸).

Im Ergebnis besteht also für den El. Transport und die El. Verteilung kaum mehr Wettbewerb als in Frankreich. Die Konzentration der westdeutschen El. Wirtschaft beruht im wesentlichen auf der Einführung kostensparender Neuerungen; so etwa dadurch, daß ein Verbundunternehmen einem örtlichen Verteiler Strom zu wesentlich günstigeren Bedingungen anbietet, als er im örtlichen Kraftwerk gewonnen werden könnte. Um Unkosten einzusparen, wird der örtliche Verteiler seine eigene Erzeugung aufgeben oder nur noch Zus/Res-Strom erzeugen.

Wenngleich Verfügungen nach dem GWB hinsichtlich der el. wirtschaftlichen Sonderverträge gemäß § 103 Abs. 2 GWB im Benehmen mit der Fachaufsichtsbehörde erfolgen sollen, haben die Kartellbehörden angesichts der weitgehenden Inaktivität der Energieaufsichtsbehörden ¹⁰⁹) einen bedeutenden Einfluß auf die el. wirtschaftliche Marktordnung gewonnen. Es bleibt jedoch immer die im EnG zum Ausdruck gekommene speziell el. wirtschaftliche Zielsetzung zu beachten. Wettbewerbsbeschränkungen können z. B. nicht über § 104 GWB für mißbräuchlich erklärt werden, deren Fortfall eine "ausreichende und jederzeit bereite, technisch vollkommene und möglichst billige Energieversorgung gefährden würde" ¹¹⁰) ¹¹¹).

II. DIE INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGER

1. Die industrielle Eigenerzeugung

In der BR schätzt man ca. 90 000 Sonderabnehmer der öVU. 4 000 Industriebetriebe nutzen eine Eigenanlage, wovon 1 300 auch el. Energie an Dritte abgeben ¹¹²⁾. Wie wir bereits festgestellt haben, gelten die iEer insoweit als EVU (§ 2 Abs. 2 S. 2 EnG). Versorgen iEer ein bestimmtes V. Gebiet oder sind sie an eine Verbundschiene der öffentlichen ElV angeschlossen, so sind sie insoweit ebenso zu behandeln wie die öVU. Das gilt auch im Verhältnis zu anderen iEern. Abgesehen von diesen Ausnahmefällen, sind sie jedoch wegen der o. genannten Marktordnungsverträge sowohl hinsichtlich der Einspeisung des Überschußstroms als auch hinsichtlich der etwa erforderlichen Zus/ResV auf den Parallelverkehr mit dem jeweils allein "zuständigen" örtlichen, regionalen oder gar überregionalen öVU angewiesen. Wegen der Marktordnungsverträge, welche sich lediglich auf die öffentliche ElV beziehen, die Eigenerzeugung und EigenV also nicht berühren, hat vor allem die Abgrenzung der Eigenanlagen gegenüber dem öffentlichen Kraftwerk und der EigenV, insbesondere bei der Versorgung getrenngelegener Betriebsteile, gegenüber der öffentlichen Versorgung Bedeutung.

a) Die Eigenanlagen und die Eigenversorgung

aa) Die Eigenanlagen

Der Begriff der Eigenanlage ist im EnG nicht unmittelbar erläutert worden. Die §§ 2 Abs. 2 S. 2 und 5 EnG haben den Kraftwerken der öVU, die die Versorgung anderer durchführen, die Energieanlagen zur Deckung des Eigenbedarfs (EigenV) gegenübergestellt. Dies wird auch in § 1 der 5. DVO zum EnG v. 1.10.1940 ¹¹³⁾, welche Erläuterungen zum V. Anspruch von Eigenanlagen-Betreibern gegenüber den öVU enthält, zum Ausdruck gebracht:

"Eigenanlagen i. S. dieser Verordnung sind Anlagen zur Erzeugung von Elektrizität und Gas oder andere gleichzuachtende Energieerzeugungsanlagen in Unternehmen und Betrieben, die nicht Energieversorgungsunternehmen i. S. von § 2 Abs. 2 S. 1 des Energiegesetzes sind".

"Gleichzuachten" sind nach § 2 dieser VO die Anlagen zur Erzeugung mechanischer Energie, nicht aber solche zur Wärmeerzeugung. Beide Arten von Anlagen sind hier ohne Interesse.

Im Umkehrschluß aus § 2 Abs. 2 S. 2 EnG, nach welchem Unternehmen und Betriebe, welche nur teilweise oder im Nebenbetrieb öffentliche EnergieV betreiben, "insoweit" als EVU gelten, sind alle El. Erzeugungsanlagen der Industrie insoweit als Eigenanlagen zu betrachten, als sie der EigenV dienen.

bb) Die Eigenversorgung

Die Unterscheidung der EigenV von der Versorgung "anderer" ist grundsätzlich danach zu treffen, ob juristisch eine Identität des Erzeugers und Verbrauchers, d. h. ein Rechtssubjekt vorliegt ¹¹⁴⁾, so daß also auch dann noch eine EigenV vorliegt, wenn ein räumlich getrennter Betriebsteil von der Eigenanlage aus versorgt wird ¹¹⁵⁾. Wie sich aus § 6 der 5. DVO, welcher die Zumutbarkeit der ZusV der Eigenanlagenbesitzer erläutert, ergibt, wird als EigenV nicht nur die Deckung des Betriebsbedarfs, sondern auch des Haushaltsbedarfs des Eigenanlagenbetreibers ¹¹⁶⁾ anzusehen sein. Gemäß § 6 Abs. 3 der 5. DVO gilt dies nicht nur "für das Grundstück, auf welchem sich die Anlage befindet, sondern auch für andere Grundstücke, die von der Anlage aus versorgt werden können".

Ist der Eigenanlagenbetreiber eine juristische Person, z. B. eine AG oder eine GmbH, so sind die Geschäftsführer (auch derjenige einer Einmann-GmbH), Aktionäre, Vorstandsmitglieder und Gesellschafter dieser Unternehmen ebenso "andere" ¹¹⁷⁾ wie alle juristisch selbständigen Tochter- oder Mutterunternehmen und sonstige rechtlich selbständige Neben- oder Zweigbetriebe. Werden diese von der Eigenanlage aus versorgt, so ist sie insoweit EVU im Nebenbetrieb, unabhängig davon, ob die Abnehmer auf demselben Grundstück wie die Eigenanlage gelegen sind oder nicht.

Zweifelhaft könnte dies bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und ähnlichen nicht rechtsfähigen Vereinigungen hinsichtlich der Versorgung von Mitgliedern sein ¹¹⁸⁾; ob z. B. die Versorgung der Miteigentümer durch eine Gemeinschaftsanlage öffentliche Versorgung darstellt. Hier liegt eine Versorgung mehrerer Rechtssubjekte durch eine Anlage vor. Die Gemeinschaft der Miteigentümer ist ferner nicht identisch mit dem einzelnen Stromabnehmer, sei er auch Miteigentümer der Anlage. Im übrigen ist der Gesetzgeber des EnG erkenntlich davon ausgegangen, grundsätzlich haben allein die öVU die öffentliche EIV und den El. Transport durchzuführen. Dies wäre infrage gestellt, wenn beliebige E. Verbraucher sich zu einer El. Gemeinschaft mit eigener El. Erzeugungsanlagen zusammenschließen könnten. In diesem Fall wäre nicht nur die sichere und billige Versorgung aller übrigen El. Abneh-

mer im V.Gebiet nicht mehr gewährleistet, weil die wirtschaftlichen wie technischen Vorteile eines Gebietsmonopols für das betreffende öVU entfallen. Es wäre auch nicht einzusehen, weshalb nur die EVU den besonderen erschwerenden Vorschriften über die Genehmigungspflicht, Mitteilungspflicht, Abmeierung etc. unterworfen sein sollen. Die Versorgung der Miteigentümermer durch eine Gemeinschaftsanlage ist deshalb als öffentliche Versorgung i. S. des EnG anzusehen¹¹⁹⁾. Dasselbe gilt beim Energieaustausch zur gegenseitigen Reservehaltung verschiedener iEEr, weil hier jedes Unternehmen des "anderen" Lieferant ist¹²⁰⁾.

Umstritten ist auch, ob und inwieweit die Versorgung der Wohnungen von Belegschaftsmitgliedern innerhalb oder außerhalb des Betriebsgeländes öffentliche Versorgung darstellt. Hier dürfte eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise¹²¹⁾ nicht zulässig sein, da, wie Fischerhof¹²²⁾ zurecht feststellt, der Gesetzgeber durch die Sondervorschriften für die öffentliche EIV das öffentliche Interesse an einer sicheren und billigen Versorgung haben sichern wollen. Diese Vorteile können auch Belegschaftsmitgliedern nicht durch den Anschluß an eine evtl. weniger sichere el. Erzeugungsanlage des Betriebes vorenthalten werden. Auch hier ist daher grundsätzlich mangels juristischer Identität öffentliche EIV anzunehmen. Sollten jedoch im Einzelfall die Voraussetzungen einer ordnungsgemäßen EIV vorliegen und es sich nur um eine völlig unbedeutende Versorgung "anderer" handeln, so dürften wirtschaftliche Überlegungen den Vorzug verdienen und eine Behandlung als EigenV vertretbar sein¹²³⁾.

b) Die energiewirtschaftlichen Pflichten

aa) Die Auskunft- und Anzeigepflicht

Aufgrund der Ermächtigung des § 4 Abs. 4 EnG hat der Reichswirtschaftsminister gemäß § 2 der 3. DVO zum EnG v. 8.11.1938 und § 1 der Ausführungsbestimmungen v. 24.11.1938 die Auskunft- und Anzeigepflicht der §§ 3 und 4 Abs. 1 EnG auch auf die Eigenanlagen erstreckt, soweit die installierte Leistung 500 kW oder 2 000 000 WE/h überschreitet, weiterhin auf Anlagen, die für den Bezug von el. Energie mit einer Spannung von mehr als 20 000 V ausgelegt sind. Ferner sind von der Anzeigepflicht des § 4 Abs. 1 EnG die regelmäßig wiederkehrenden oder vorübergehenden Stilllegungen von Energieanlagen ausgenommen worden, sofern sie im betriebsfähigen Zustand erhalten bleiben.

Hat ein Unternehmen mehrere Betriebe, so kommt es ausschließlich darauf an, wie hoch die installierte Leistung oder Leistungsfähigkeit eines ei-

nen Betriebes ist, mögen auch die Leistungen aller Betriebe des gesamten Unternehmens zusammen darüber liegen.

Nach § 1 lit. d der genannten Ausführungsbestimmungen sind aber alle Energieanlagen von Unternehmen und Betrieben, die noch nicht i. S. des § 5 Abs. 1 EnG genehmigt sind, anzeigepflichtig, wenn mit ihnen die EVU "anerkannt" im Haupt- oder Nebenbetrieb aufgenommen werden soll. Insoweit besteht Gleichstellung mit den öVU.

Seit Erlaß der 3. DVO sind jedoch sehr selten Bau-, Erneuerungs-, Erweiterungs- oder Stillegungsvorhaben von Eigenanlagen untersagt worden, da insbesondere nach dem 2. Weltkrieg eine so weitgehende Kontrolle der Industrie nicht mehr erforderlich erschien. Dies rechtfertigt sich auch aus dem Grundgedanken des ursprünglichen EnG, wie er in der Begründung dieses Gesetzes zum Ausdruck kommt: "Die Eigenanlagen werden der Anzeigepflicht und dem Untersagungsrecht nicht allgemein unterstellt, um Gewerbe und Industrie in ihrer eigenen Betriebsführung die volle Selbstverantwortung zu belassen und nachteilig erscheinende Hemmungen zu vermeiden" ¹²⁴).

bb) Die Mitteilungspflicht

Die Errichtung oder die Erweiterung einer Energieanlage zur El. Erzeugung für den Eigenbedarf ist gemäß § 5 Abs. 2 EnG genehmigungsfrei. Es ist den Unternehmen und Betrieben lediglich zur Pflicht gemacht worden, dem zuständigen GebietsV. Unternehmen über die Pläne Mitteilung zu machen. Der Zweck dieser Mitteilungspflicht ist nicht die Erschwerung der EigenV, sondern die Schaffung einer Gelegenheit für das "zuständige" öVU und den betreffenden Betrieb, die technischen, wirtschaftlichen und sonstigen Vor- und Nachteile der EigenV im Vergleich zur öffentlichen Versorgung abzuwägen und dem EVU Gelegenheit zu geben, sich auf etwaige bedeutendere Änderungen der Verbraucherstruktur innerhalb seines V. Gebietes einzurichten ¹²⁵). Die Mitteilung hat daher alle Daten über die geplante Anlage bzw. Änderung zu enthalten, welche das öVU für ein Angebot benötigt ¹²⁶).

Die schuldhafte Unterlassung dieser Mitteilung hat gemäß § 6 Abs. 1 EnG zur Folge, daß für die Dauer von 10 Jahren nach der Errichtung oder Erweiterung der Anlage der Anspruch auf Zus./ResV entfällt (§ 7 der 5. DVO) ¹²⁷).

cc) Die Genehmigungspflicht

Wie bereits ausgeführt, bedürfen Unternehmen und Betriebe, die nicht EVU sind, für die Aufnahme der Versorgung anderer gemäß § 5 Abs. 1 EnG der Genehmigung, ohne Rücksicht etwa darauf, ob diese Versorgung unentgeltlich erfolgt oder nicht. Betreibt der iEer bereits teilweise öffentliche EV, so gilt er bereits insoweit als EVU (§ 5 Abs. 2 EnG). Erweitert er diese Tätigkeit, so ist eine neuerliche Genehmigung nur erforderlich, falls die bisherige öffentliche Versorgung ausdrücklich auf einen bestimmten Umfang beschränkt war ¹²⁸⁾.

c) Das Wegerecht

aa) Die Nutzung öffentlicher Wege

Die iEer können ebenso wie die öVU mit den Gebietskörperschaften einen privatrechtlichen Wegenutzungsvertrag abschließen. Soweit der iEer keine GebietsV beabsichtigt, fehlt die Ausschließlichkeitsklausel. Versieht die Gebietskörperschaft selbst die GebietsV oder hat sie einem anderen EV die ausschließliche Wegenutzung für die GebietsV der Endabnehmer überlassen, kann sie dem iEer die Wegenutzung zur el. Verbindung von Werksteilen oder der Eigenanlagen mit Abnehmern ausserhalb des Vs. Gebietes nicht mit der Begründung verweigern, sie habe einen Ausschließlichkeitsvertrag mit dem GebietsV.-Unternehmen geschlossen bzw. ihr rechtlich anerkanntes V. Monopol werde durch eine derartige Gestattung beeinträchtigt, da die Ausschließlichkeitsklausel i. S. des § 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB nur das Monopol für die öffentliche EIV innerhalb des V. Gebietes schützt.

Bezüglich der Einschränkung der Vertragsfreiheit bei der Gestattung der Wegenutzung gilt das bereits zum Wegerecht für die öVU Gesagte ¹²⁹⁾. Lediglich bei der Enteignung stellt sich die besondere Frage, ob eine Enteignung zugunsten privatwirtschaftlicher Unternehmen möglich ist, wenn die Leitungsanlagen lediglich verschiedene Betriebsteile eines Unternehmens verbinden sollen. § 11 EnG ist nicht anwendbar, da die Anlagen hier nicht der öffentlichen EIV dienen ¹³⁰⁾. Diese Vorschrift ist jedoch keine lex specialis für alle energiewirtschaftlichen Tatbestände ¹³¹⁾, schließt also eine Enteignung nach allgemeinem Enteignungsrecht nicht aus ¹³²⁾. In den einzelnen Landesverfassungen kommt die Vorstellung zum Ausdruck, die Funktionen der Wirtschaft seien nicht nur "privatnützig", sondern zugleich dem Allgemeinwohl zugeordnet, weshalb eine Enteignung zugunsten wirtschaftlicher vor allem größerer industrieller Vorhaben auch rein privatwirtschaftlich orientierter Unternehmen durch Art. 14 Abs. 3 S. 1 GG gedeckt ist ¹³³⁾.

bb) Die Nutzung privaten Bodens

Bei der Nutzung privaten Bodens ist der iEEr wie alle el. wirtschaftlichen Unternehmen mit Ausnahme der GebietsV. Unternehmen auf die gütliche vertragliche Einigung und auf das landesrechtliche Enteignungsrecht angewiesen. Die §§ 905 Abs. 2 (Duldung der Leitungen in größer Höhe und Tiefe) und 917 BGB (Notwegerecht) sind in Einzelfällen zwar anwendbar ¹³⁴⁾, in der Regel jedoch bedeutungslos ¹³⁵⁾.

2. Die Stellung der industriellen Eigenerzeuger in der kartellrechtlichen Marktordnung der öffentlichen Elektrizitätsversorgung

a) Die Marktstellung der öffentlichen Elektrizitätsversorgungsunternehmen gegenüber den industriellen Eigenerzeugern

Dem iEEr, welcher meist einen Lieferanten für Zus./Res. Strom und Abnehmer für den etwaigen Überschußstrom braucht, steht regelmäßig allein das "zuständige" öVU als Vertragspartner sowohl für die Zus./ResV als auch für die Industriestromeinspeisung gegenüber, es sei denn, der iEEr betriebe selbst GebietsV. Der El. Bezug von Dritten ist ihm aufgrund der Demarkations- und Konzessionsverträge der öVU untereinander und mit den Gebietskörperschaften ebenso unmöglich wie die Belieferung anderer Abnehmer als öVU innerhalb des geschützten V. Gebietes mit Leitungen über öffentliche Wege. So entscheidet auf dem el. wirtschaftlichen Teilmarkt der Zus./ResV das Verhältnis der Kosten für eine industrieeigene Zus./Res-Strom-Erzeugungsanlage zu dem Preis der von dem öVU etwa angebotenen Zus./ResV, welche dem öVU wegen des modernen Großverbundes und der wirtschaftlicheren Großkraftwerke meist wesentlich geringere Kosten verursacht als dem iEEr. Auf dem Teilmarkt der Stromeinspeisung ist praktisch ebenso die Offerte des öVU als wegen der Demarkations- und Konzessionsverträge aus wirtschaftlichen Gründen meist alleinigen potentiellen Abnehmers entscheidend. Beim El. Transport des iEErs zu getrennt liegenden Betriebsteilen oder zu außerhalb des V. Gebietes des zuständigen öVU gelegenen Abnehmern ist das Angebot des öVU ebenfalls meist ausschlaggebend, weil der Kostenunterschied zwischen dem Transport über bestehende evtl. zu verstärkende oder zu ergänzende Leitungen des öVU und der Neuerrichtung parallel zu diesen bestehenden Leitungen verlaufender industrieeigener Transportleitungen oft so groß ist, daß angesichts der geringen Gewinnspanne im Stromgeschäft die Rentabilität der Überschußstrom-Erzeugung überhaupt infrage gestellt wird, wenn das öVU sich nicht bereit erklärt, den "Transport" über

sein Netz zu gestatten.

Diese Stellung des öVU im Parallelverkehr mit der Industrie, d. h. nicht selten die dreifache mehr oder weniger starke mittelbar rechtliche oder doch wirtschaftliche Monopolstellung, nämlich das Angebotsmonopol bei der Zus/ResV und dem Industriestrom-Transport und das Nachfragemonopol bei der Abnahme des industriellen Überschußstroms, kennzeichnet die Marktmacht der öVU gegenüber den iEern, welche insofern den französischen Verhältnissen entspricht, wenngleich die einzelnen Monopole nicht immer und im gleichen Grade vorzuliegen brauchen: Im Regelfall dürfte die Verhandlungsposition des öVU gegenüber den iEern aufgrund der besseren Stellung auf einem, zwei oder allen drei Teilmärkten des Parallelverkehrs wesentlich stärker sein als die des iEers ¹³⁶⁾.

b) Die Mißbrauchsgrenze der Marktordnung gegenüber den industriellen Eigenerzeugern

Die Ausnahmenvorschrift des § 103 Abs. 1 GWB, welche die kartellrechtlichen el. marktordnenden Verträge, auf welche die Machtstellung des öVU gegenüber den iEern zu einem großen Teil beruht, kennt zwei Einschränkungen.

Gemäß § 103 Abs. 2 GWB dürfen diese Verträge die Versorgung mit anderen Energieträgern, insbesondere Gas, aber auch Dampf, Öl, Kohle etc., nicht ausschließen. Diese Bestimmung, welche den Wettbewerb zwischen den verschiedenen Energieträgern schützen soll, sichert dem iEern die marktgerechte Darbietung aller örtlich verfügbaren Energieträger.

Während § 103 Abs. 2 GWB im Verhältnis der öVU zu den iEern jedoch meist keine Bedeutung haben dürfte, hat die Mißbrauchsaufsicht i. S. des § 104 GWB in der Rechtsprechung und Literatur bereits eine größere Rolle gespielt. Diese Vorschrift lautet:

"In den Fällen des ... § 103 hat die Kartellbehörde die in Absatz 2 bezeichneten Maßnahmen zu treffen

1. soweit die Verträge, Beschlüsse oder Empfehlungen oder die Art ihrer Durchführung einen Mißbrauch der durch Freistellung von den Vorschriften dieses Gesetzes erlangten Stellung im Markt darstellen oder

2. soweit sie die von der Bundesrepublik Deutschland in zwischenstaatlichen Abkommen anerkannten Grundsätze über den Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen verletzen.

(2) Die Kartellbehörde kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 1

1. den beteiligten Unternehmen aufgeben, einen beanstandeten Mißbrauch abzustellen,
2. den beteiligten Unternehmen aufgeben, die Verträge oder Beschlüsse zu ändern oder
3. die Verträge und Beschlüsse für unwirksam erklären".

Für die hier interessierenden Fragen ist hauptsächlich Abs. 1 Ziff. 1 von Bedeutung¹³⁷⁾. Hiernach soll die zur sicheren und billigen öffentlichen ELV geschaffene Freistellung der oben genannten el. wirtschaftlichen kartellrechtlichen Marktordnungsverträge von den §§ 1, 15 und 18 GWB nicht mißbräuchlich ausgenutzt werden.

aa) Der Begriff des Mißbrauchs i. S. des § 104 GWB

Eine nähere Erläuterung des Mißbrauchsbegriffs findet sich zwar weder in § 104 noch in den §§ 11, 12, 17, 27, 102 GWB. Abstrakt dürfte der Mißbrauch jedoch als ein zwar formell zulässiger, aber gegen Sinn und Zweck einer Norm verstoßender Gebrauch einer Rechtsposition sein¹³⁸⁾. Dieser Verstoß muß objektiv vorliegen, nicht aber subjektive Tatbestandsmerkmale erfüllen¹³⁹⁾, da das GWB die Institution des ethisch wertfreien Wettbewerbs schützen soll und der institutionswidrige Gebrauch einer Institution nur solche subjektive Tatbestandsmerkmale enthalten kann, wie die Institution selbst¹⁴⁰⁾. Die kartellrechtliche Mißbrauchsbekämpfung kann nur als Instrument der ordnungspolitischen Zielsetzung des GWB aufgefaßt werden, wenn im Einzelfall auch Individualrechte der Marktteilnehmer in ihrer Eigenschaft als Institutionsträger mitgeschützt werden¹⁴¹⁾. Der Schutz der guten Sitten bleibt weiterhin Aufgabe der §§ 138 und 826 BGB und § 1 UWG¹⁴²⁾.

Mißbrauch i. S. des § 104 Abs. 1 Ziff. 1 GWB ist dann anzunehmen, wenn Verträge, Beschlüsse oder Empfehlungen i. S. des § 103 Abs. 1 GWB oder die Art ihrer Durchführung nicht mehr den im Energierecht, insbesondere dem EnG und dem Preisrecht¹⁴³⁾ zum Ausdruck gekommenen el. politischen Zielen entsprechen¹⁴⁴⁾ und zu vom GWB in seinen übrigen Normen mißbilligten Zwecken benutzt werden. Die schädlichen Folgen der Wettbe-

werbsbeschränkung für die EIV dürfen in keinem Fall ihre günstigen Auswirkungen übertreffen ¹⁴⁵⁾.

bb) Der Mißbrauch der Demarkationsverträge

Ein Mißbrauch des Demarkationsvertrages liegt vor, wenn die formale Handlung materiell der billigen und sicheren EIV entgegensteht. Ein Mißbrauch gegenüber iEErn kann insbesondere vorliegen, wenn öVU sich bei der Festlegung ihrer gemeinsamen V. Gebietsgrenzen gegenseitig verpflichten, bestimmte iEEr nicht zu beliefern, so daß diese mangels anderer aus wirtschaftlichen Gründen infrage kommender öVU etwa ohne öffentliche Versorgung dastünden bzw. nur sehr teuren Zus./Res. Strom beziehen könnten ¹⁴⁶⁾. Desgleichen kann ein Marktaufteilungsvertrag mißbräuchlich sein, welcher die V. Grenze zwischen verschiedenen Betriebsteilen eines iEErs legt und diesen zwingt, zu notwendigerweise unwirtschaftlicheren Bedingungen, unter größeren Leitungsverlusten bzw. -kosten, Res./Zus. Strom von verschiedenen öVU zu beziehen ¹⁴⁷⁾. Fraglich könnte dagegen z. B. sein, ob ein Mißbrauch durch die Freistellung von den §§ 1, 15 und 18 GWB erlangten Marktschlüssen dann vorliegt, wenn ein Demarkationsvertrag vorsieht, iEEr in das V. Gebiet eines unwirtschaftlicher arbeitenden öVU einzubeziehen, um dessen Ertragslage den wirtschaftlicher arbeitenden öVU anzugleichen, obwohl dies aus wirtschaftlichen wie technischen Gründen der Anschluß an das Netz des anderen öVU rationeller wäre. Mit der Zulassung der Demarkationsverträge hat der Gesetzgeber ausdrücklich in Kauf genommen, daß einzelne Abnehmer, insbesondere in den Grenzbereichen der V. Gebiete, höhere Preise zahlen müssen als das bei Nichtbestehen des Gebietsschutzvertrages durch Anschluß an ein anderes öVU der Fall wäre. Dies gilt grundsätzlich nicht nur für die Tarifabnehmer, sondern auch für die iEEr, da das Energierecht und das GWB zwischen ihnen unter diesem Gesichtspunkt nicht unterscheiden. Dies kann jedoch nicht dazu führen, den einzelnen öVU durch willkürliche Festlegung von V. Grenzen die "Zuständigkeit" für die Versorgung von iEEr zu sichern. Das energierechtliche Postulat billiger und sicherer EIV rechtfertigt nur diejenigen Demarkationen, welche Anschlüsse mit den geringstmöglichen Anschlußkosten ermöglichen.

So dürfte z. B. ein Demarkationsvertrag zwischen einem regionalen und örtlichen Verteiler insoweit mißbräuchlich sein, als dem letzteren die "Zuständigkeit" zur Versorgung eines iEErs überlassen wird, obwohl ein direkter Anschluß des Industrieunternehmens an das Hochspannungsnetz des

Regionalverteilers wegen der Ersparnis von Leitungs- und Umspannerkosten wesentlich wirtschaftlicher wäre. Der Mißbrauch kann evtl. schon allein darin gesehen werden, daß ein völlig unrentabel arbeitendes Unternehmen allein durch Demarkationsverträge noch erhalten wird. § 104 GWB ist auch anwendbar, wenn die beispielhaft aufgeführten o. Fälle nicht ausdrücklich im Demarkationsvertrag geregelt worden sind, sondern nur in Durchführung dieses Vertrages von den beteiligten öVU in der a. Weise gehandhabt werden. Hierin kann z. B. der Fall gerechnet werden, daß ein örtlicher Verteiler den Strombezug eines Industrieunternehmens innerhalb seines V. Gebietes durch ein anderes öVU zu verhindern sucht, obwohl weder die wirtschaftlichen noch technischen Voraussetzungen für eine Zus/ResV zu wirtschaftlich vertretbaren Bedingungen durch das "zuständige" Unternehmen gegeben sind. Da die Demarkationsverträge lediglich den Wettbewerb verschiedener V. Unternehmen bei der Versorgung der Abnehmer verhindern, nicht aber den Wettbewerb zwischen Fremd- und EigenV regeln soll, dürfte auch jede gezielte Demarkation, welche durch Verschlechterung der Bedingungen für die Zus/ResV, die Industrieanspeisung und den Industriestromtransport die Eigenerzeugung verhindern will, als mißbräuchlich anzusehen sein ¹⁴⁸⁾.

cc) Der Mißbrauch der Konzessionsverträge

Als Beispiele für die mißbräuchliche Ausnutzung der Freistellung des ausschließlichen Wegenutzungsvertrages der örtlichen Verteiler mit den Gebietskörperschaften, welche nach denselben Kriterien wie die bei den Demarkationsverträgen zu beurteilen ist, lassen sich folgende Beispiele anführen:

Die Gebietskörperschaft gestattet einem örtlichen GebietsV-Unternehmen die ausschließliche Wegenutzung, obwohl sich dieses von vornherein lediglich auf die Versorgung der Tarifabnehmer beschränkt bzw. beide Vertragsparteiligte sich auf die Ausschließlichkeit der Wegenutzung berufen, wenn ein anderes öVU oder ein iEEr die Versorgung eines iEEr übernehmen will, welche der zuständige örtliche Verteiler völlig abgelehnt oder nur zu unzumutbaren Bedingungen hat durchführen wollen ¹⁴⁹⁾, Mißbräuchlich i. S. des § 104 Abs. 1 Ziff. 1 GWB dürfte es schließlich sein, wenn ein örtlicher Verteiler die Zus/ResV eines iEErs aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen einerseits nicht durchführen kann oder ihn von der Versorgung deshalb ausklammert, weil er eine Eigenanlage betreibt und Überschußstrom erzeugt, sich aber andererseits auf die Ausschließlichkeit des Wegenutzungsrechtes beruft, wenn der iEEr eine V. Leitung von außerhalb des V. Gebietes an sein Werk heranzuführen will. Der örtliche Verteiler kann sich nur insoweit auf den Konzessionsvertrag berufen,

soweit er die Versorgung tatsächlich durchführt bzw. durchzuführen gedenkt.

dd) Der Mißbrauch der freigestellten Preisbindung

Der Mißbrauch der Freistellung der Preisbindungsverträge i. S. des § 103 Abs. 1 Ziff. 3 GWB von den §§ 1, 15 und 18 GWB zu Ungunsten der iEer dürfte selten sein. Die Abrede, wonach der örtliche Verteiler sich verpflichtet, vergleichbare Abnehmer nicht zu ungünstigeren Bedingungen zu beliefern als das zuliefernde öVU, kann im Gegenteil für die iEer meist nur vorteilhaft sein. Etwas anderes könnte lediglich dann gelten, wenn der überregionale oder regionale Zulieferer als "Preisführer" die Preise für die iEerV bewußt hochsetzt, um sich und damit indirekt dem örtlichen Verteiler hohe Gewinne aus der IndustrieV zu ermöglichen. Diese Gefahr besteht vor allem bei den Gleichpreisigkeitsklauseln und kann gerade bei dem derzeitigen Zustand der generellen Preisbindung für die Tarifabnehmer und der relativen Preisfreiheit für die Sonderabnehmerverträge von Bedeutung sein, da in vielen Fällen der geltenden Verträge allgemeine Kostensteigerungen auf die freieren Sonderabnehmerpreise abgewälzt worden sind und deshalb bei der IndustrieV überhöhte Preise gefordert werden. In diesen Fällen dürfte ein Gegenüber § 22 GWB selbständiger Tatbestand nur vorliegen, wenn der örtliche Verteiler gerade in Hinblick auf die Gleichpreisigkeitsklausel gehalten ist, die überhöhten Preise des Zulieferers zu übernehmen¹⁵⁰⁾.

ee) Der Mißbrauch des Verbundvertrages

Geringe praktische Bedeutung dürfte § 104 Abs. 1 Ziff. 4 GWB für die Verbundverträge nach § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB haben. Dennoch sind Mißbrauchsfälle denkbar. So dürfte ein Mißbrauch der Freistellung des Verbundvertrages von den §§ 1, 15 und 18 GWB darin liegen, daß sich ein öVU gegenüber anderen verpflichtet, seinen gesamten Hochspannungsstrom in eine Verbundschiene einzuspeisen und so den in der Nähe befindlichen, auf die Zus/ResV mit hochgespanntem Strom angewiesenen iEer nicht versorgen darf bzw. ihn zu versorgen sich weigert, obwohl der iEer anders nur zu sehr unwirtschaftlichen Bedingungen Zus/ResStrom beziehen bzw. selbst erzeugen kann. Die öVU dürfen sich durch Verbundverträge nicht der Aufgabe entziehen, in ihrem V.Gebiet die ihnen wirtschaftlich zumutbare Zus/ResV von iEern zu übernehmen, solange diesen nicht auf andere Weise zu ähnlichen Bedingungen Zus/ResStrom zur Verfügung steht.

c) Die Bedeutung der westdeutschen industriellen Eigenerzeugung und das Problem der Sicherung des wirtschaftlichsten Parallelverkehrs

aa) Die Bedeutung der westdeutschen industriellen Eigenerzeugung für die öffentliche Elektrizitätsversorgung

Anders als in Frankreich ist die westdeutsche industrielle El. Wirtschaft teilweise ein integrierter Bestandteil der öffentlichen ElV, dessen Gesamterzeugungsanteil noch 1975 schätzungsweise 31 % betragen wird ¹⁵¹⁾, wovon nahezu die Hälfte an das Netz der öffentlichen ElV abgegeben wird. Dieser Industriestrom wird in erster Linie in den Steinkohlen- und Zechenkraftwerken, welche z. Zt. etwa 80 % nichtmarktfähige Brennstoffe verfeuern, erzeugt, in geringerem Umfang in den zahlenmäßig bei weitem überwiegenden Kraftwerken mit Wärme-Kraft-Kupplung, Kleinwasserkraftwerken etc., welche in der Regel nur geringe und ungesicherte Leistung stellen können. - Andererseits nimmt die Industrie etwa zwei Drittel der Gesamtabgabe des öffentlichen Netzes ab, wovon wiederum fast 70 % auf die Zus/ResV entfallen dürften ¹⁵²⁾. Bei diesen Zahlen ist zu berücksichtigen, daß die Industrie wegen ihrer Stellung in der Konkurrenzwirtschaft nur dann Strom erzeugt, wenn dies echte Kostenvorteile mit sich bringt. Sie betreibt deshalb nur die leistungsfähigsten Erzeugungsanlagen, welche wegen der mangelnden Synchronisierbarkeit mit dem Eigenbedarf besonders verbund-abhängig sind ¹⁵³⁾. Dieser Anlagen sollte sich die Gesamtwirtschaft bedienen, soweit es wirtschaftliche Vorteile bieten kann.

bb) Das rechtliche Problem der Sicherung des wirtschaftlichsten Parallelverkehrs

Nach der el. wirtschaftlichen Marktordnung, welche durch die kartellrechtlichen Schutzverträge bestimmt wird, ist der iEer hinsichtlich des für die Eigenerzeugung oft existenznotwendigen Parallelverkehrs mit der öffentlichen ElV in der weitaus überwiegenden Zahl der Fälle in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von den öVU, ohne daß der Abschluß der Marktordnungsverträge gegenüber den iEern unbedingt mißbräuchlich zu sein braucht.

Für den Regelfall besteht somit ein der französischen El. Wirtschaftsstruktur entsprechende Marktlage der iEer gegenüber den öVU. Ein freier Wettbewerb zwischen einer Vielzahl von Anbietern und Nachfragern besteht ebenso wenig wie ein Gleichgewicht zwischen den öVU und den iEern. Als Orientierung für die wirtschaftlichste Zusammenarbeit zwischen beiden Unternehmensgruppen bleibt nur der Kostenvergleich, wie dies auch im französi-

schen El. Recht erkannt wurde. Diese wirtschaftlichste Zusammenarbeit kann jedoch nicht dadurch allein gesichert werden, daß das El. Recht sie lediglich ermöglicht. Das widerspräche den Erfahrungen auf allen Märkten, wo das Gleichgewicht zwischen den Marktteilnehmern gestört ist.

Es stellt sich so wie im französischen El. Recht auch für den westdeutschen Parallelverkehr die Frage der Bindung der Vertragsfreiheit der marktmächtigeren Seite - d. h. regelmäßig der öVU - gegenüber den schwächeren Marktteilnehmern der Gegenseite - d. h. regelmäßig den iEern. Unter diesem Gesichtspunkt soll nun das deutsche Parallelverkehrsrecht untersucht werden.

B. DER ABSCHLUSSZWANG BEI DER ZUSATZ- UND RESERVEVERSORGUNG DURCH DIE ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN

Das westdeutsche El. Recht hat die Zusammenarbeit zwischen öVU und Er und damit auch die Zus/ResV der iEer durch die öVU weitgehend der privaten Initiative der einzelnen Unternehmen überlassen.

I. DIE BINDUNG DER ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN BEI DER ZUSATZ- UND RESERVEVERSORGUNG

Das westdeutsche Recht kennt keine abschließenden Sondervorschriften, welche die öVU zum Abschluß von V. Verträgen zu bestimmten Preisen und Bedingungen verpflichten, sondern nur einige in keinem systematischen Zusammenhang stehende Einzelbestimmungen.

Neben diesen Bestimmungen können jedoch weitergehende freie Vereinbarungen, Schiedssprüche und konstitutive Verwaltungsakte bestehen. Der örtliche Verteiler verpflichtet sich mitunter schon im Konzessionsvertrag gegenüber der Gebietskörperschaft oder im eigenen Gewerbetarif jedermann, einschließlich iEer, an sein Leitungsnetz anzuschließen und zu versorgen¹⁵⁴⁾. Beim sog. "vertragslosen Zustand" eines V. Verhältnisses zwischen öVU und Er¹⁵⁵⁾ dagegen dürften lediglich die etwa über die Einzelbestimmungen hinausgehenden vertraglichen V. Pflichten des öVU aus dem abgelaufenen V. Vertrag weitergelten, soweit sie mit einer kurzfristigen, zeitlich unbestimmten WeiterV vereinbar sind.

Die folgenden Untersuchungen können und sollen sich jedoch nur mit den gesetzlichen bzw. gemeinderechtlich normierten Mindestansprüchen der Er bezüglich der Zus/ResV gegenüber den öVU befassen.

1. Die energiegesetzliche Anspruchsgrundlage

- a) Die Unanwendbarkeit der Anspruchsgrundlage des § 6 Abs. 1 EnG § 6 Abs. 1 EnG lautet:

"Versorgt ein Energieversorgungsunternehmen ein bestimmtes Gebiet, so ist es verpflichtet, allgemeine Bedingungen und allgemeine Tarifpreise öffentlich bekanntzugeben und zu diesen Bedingungen und Tarifpreisen jedermann an sein Versorgungsnetz anzuschließen und

zu versorgen (allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht)".

Nach dem Wortlaut erfaßt diese Vorschrift jede ELV von GebietsV. - Unternehmen innerhalb seines V.Gebietes, gleichgültig, ob es sich um eine örtliche Versorgung von Klein- oder Tarifabnehmern handelt oder um eine solche von Weiterverteilern und industriellen Sonderabnehmern; der berechnete "Jedermann" ist tatbestandlich in keiner Weise eingeschränkt, so daß auch die Zus/ResV von iEer als von § 6 Abs. 1 EnG miterfaßt angesehen werden könnte. Dennoch läßt sich § 6 Abs. 1 EnG nicht auf die hier interessierenden Verträge anwenden, weil die ELV von Eigenanlagenbesitzern in § 6 Abs. 3 EnG eine besondere Regelung gefunden hat. Die Streitfrage, ob § 6 Abs. 1 EnG lediglich auf die ELV der Klein- und Kleinsttarifabnehmer zu den allgemeinen Bedingungen (AVB) und Tarifen der Tarifordnung (TOE) ^{156) 157)} oder auch auf die Sonderabnehmer anzuwenden ist ¹⁵⁸⁾, kann hier auf sich beruhen. Im übrigen sind die allgemeinen Bedingungen und Tarifpreise für die Zus/ResV der Industrie von den öVU bis heute nicht veröffentlicht worden, obwohl sie hierfür teilweise schon seit langem sogenannte "Normalverträge", standardisierte Vertragsvordrucke, herausgegeben haben ^{159) 160)}. Es besteht auch kein subjektives öffentliches Recht der iEer auf Veröffentlichung ¹⁶¹⁾, welche gemäß § 15 EnG nur von der Energieaufsichtsbehörde, evtl. auf Anregung eines einzelnen iEers, erzwungen werden könnte.

Trotz der Möglichkeit und teilweisen heutigen Praxis, auch die Zus/ResV der iEer nach besonderen Tarifen und Bedingungen durchzuführen, kann § 6 Abs. 1 EnG nicht als Anspruchsgrundlage herangezogen werden ^{161a)}.

b) Die beschränkte Versorgungspflicht nach § 6 Abs. 3 EnG

§ 6 Abs. 3 EnG lautet:

"Wer selbst eine Energieanlage zur Erzeugung von Elektrizität oder Gas oder eine andere gleichzuachtende Energieerzeugungsanlage betreibt, kann sich für das Grundstück, auf dem die Anlage sich befindet, und für andere eigene Grundstücke, die von der Anlage aus versorgt werden können, nicht auf die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht nach Abs. 1 berufen. Er kann aber Anschluß und Versorgung in dem Ausmaß und zu Bedingungen verlangen, die dem Energieversorgungsunternehmen wirtschaftlich zumutbar sind. Verträge werden durch die Bestimmung der Absätze 2 und 3 nicht berührt".

Die öVU sind also nur im Rahmen "wirtschaftlicher Zumutbarkeit" zur ResV verpflichtet. Das EnG hat diesen unbestimmten Rechtsbegriff, welcher als anspruchsbegründetes Tatbestandsmerkmal anzusehen ist, nicht näher bestimmt ¹⁶²⁾. Diesen Mangel sollte die 5. DVO beheben, welche jeweils getrennt für die Res- und ZusV die Zumutbarkeit i. S. des § 6 Abs. 3 EnG näher beschrieben hat.

Die Unterscheidung zwischen Zus- und ResV ist insofern etwas unglücklich, weil das eigentliche Kriterium der Benutzungsdauer ¹⁶³⁾ in der 5. DVO nicht zur Charakterisierung der beiden V. Arten herangezogen worden ist. Hinzu kommt, daß in der Praxis von den iEern regelmäßig sowohl Zus- als auch ResV verlangt und die Trennung zwischen beiden kaum durchgeführt wird. Meist wird der Preis nach der Leistungshöhe und der Benutzungsdauer für die kombinierte GesamtV bestimmt. Die wirtschaftlichen Grenzen zwischen beiden V. Arten sind also fließend; eine starre Anwendung der 5. DVO könnte leicht zu wirtschaftsfremden Ergebnissen führen.

aa) Der Anspruch auf Reserveversorgung nach der 5. DVO

Nach § 5 der 5. DVO ist dem öVU die ResV des iEers nur zumutbar ¹⁶⁴⁾,

"wenn sie den laufenden durch Eigenanlagen gedeckten Bedarf für den gesamten Betrieb oder einen geschlossenen Betriebsteil des Abnehmers umfaßt und ein fester, von der jeweils gebrauchten Energiemenge unabhängiger angemessener Leistungspreis mindestens für die Dauer eines Jahres bezahlt wird. Hierbei ist von der Möglichkeit gleichzeitiger Inbetriebnahme sämtlicher an das Leitungsnetz des Energieversorgungsunternehmens angeschlossenen Reserveanschlüsse auszugehen und der normale, im gesamten Niederspannungsnetz ... des Energieversorgungsunternehmens vorhandene Ausgleich der Einzelbelastungen zugrunde zu legen".

Die für die ResV typische relativ kurze Benutzungsdauer der erstellten Anschlußleitungen und sonstigen Anlagen sowie die vom EVU vorzuhaltende Leistung verursachen wesentlich höhere spezifische Festkosten-Faktoren. Insofern ist es wirtschaftlich in vielen Fällen durchaus gerechtfertigt, einen festen, von der jeweils gebrauchten Energiemenge unabhängigen Leistungspreis für mindestens ein Jahr zu fordern, sofern diese Zahlungen auf die festen Kosten entsprechend beim Leistungspreis berücksichtigt werden. Diese Festlegung auf einen mindestens jährlichen Leistungspreis muß jedoch nicht notwendig den technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechen

und ist wohl auch nicht die einzige den Gegebenheiten wirtschaftlich gerecht werdende Regelung.

Nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist es auch unerfindlich, weshalb die ResV abstrakt nur dann zumutbar sein soll, wenn sie den laufenden durch Eigenanlagen gedeckten Bedarf für den gesamten Betrieb oder einen geschlossenen Betriebsteil des Abnehmers umfaßt. Dem iEer könnte im Einzelfall eine nur teilweise ResV reichen, insbesondere dann, wenn er selbst das Risiko etwaiger Ausfälle in der Versorgung seines Betriebes übernimmt. Es liegt hier eine unnötige und wirtschaftsfremde Einschränkung der ResV-Pflicht der öVU vor, welche die ResV der Industrie verteuern kann, ohne daß die Kostenlage dies erfordert. Dies gilt im verstärkten Maße für die weitere Bestimmung in § 5 der 5. DVO, wonach die ResV nur zumutbar ist, wenn bei ihr vom gleichzeitigen Anschluß aller Reserveanschlüsse und dem im Niederspannungsnetz des Gebiets-V. Unternehmens üblichen Diversitätsfaktor bei der Kostenrechnung ausgegangen wird, obwohl dieser Faktor erheblich geringer ist als bei der übrigen Versorgung¹⁶⁵). Diese Regelungen, welche bei den Verhältnissen vor 25 Jahren weniger wirtschaftsfremd erschienen sein mögen als heute, zeigen noch deutlich Spuren der damals weitverbreiteten Auffassung, die öffentliche ELV übernehme bei der ResV der Industrie die Rolle des "Lückenbüßers"¹⁶⁶), während die Industrie auf Kosten der Allgemeinheit von den Vorteilen der öffentlichen ELV "schmarotze"¹⁶⁷).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß die "Zumutbarkeit" i. S. des § 5 der 5. DVO enger als die tatsächliche wirtschaftliche Zumutbarkeit gefaßt ist und nicht immer dem tatsächlich angemessenen Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung entspricht¹⁶⁸), so daß entgegen dem Wortlaut des § 6 Abs. 3 EnG im Einzelfall ein wirtschaftlich durchaus zumutbarer Res. Stromanschluß nicht zu einer V. Pflicht nach § 6 Abs. 3 EnG in V. m. § 5 der 5. DVO zu führen braucht. Dennoch mußte es damals als Fortschritt betrachtet werden, daß überhaupt ein Anspruch auf ResV positiviert wurde.

bb) Der Anspruch auf Zusatzversorgung nach der 5. DVO

Die ZusV ist gemäß § 6 Abs. 1 der 5. DVO dem öVU nur zumutbar,

- "1. wenn der gesamte Energiebedarf für Haushaltszwecke von einem Energieversorgungsunternehmen gedeckt wird und die hierfür erforderlichen Energieanlagen von der Eigenanlage vollkommen getrennt und ohne Umschaltmöglichkeit getrennt sind, unbeschadet des Rechtes des Abnehmers, seinen Wärmebedarf für Haushaltszwecke

ke anderweitig zu decken;

2. wenn der gesamte Energiebedarf für Beleuchtungszwecke außerhalb des Haushalts von einem Energieversorgungsunternehmen gedeckt wird und die hierfür erforderlichen Energieanlagen von der Eigenanlage vollkommen und ohne Umschaltmöglichkeit getrennt sind;
3. wenn der gesamte Energiebedarf für Kraftzwecke außerhalb des Haushalts von einem Energieversorgungsunternehmen gedeckt wird und die hierfür erforderlichen Energieanlagen von der Eigenanlage vollkommen und ohne Umschaltmöglichkeit getrennt sind;
4. wenn der gesamte Energiebedarf für Wärmezwecke außerhalb des Haushalts von einem Energieversorgungsunternehmen gedeckt wird und die hierfür erforderlichen Energieanlagen von der Eigenanlage vollkommen und ohne Umschaltmöglichkeit getrennt sind, unbeschadet des Rechts des Abnehmers seinen Wärmebedarf für Raumheizung und Nahrungszubereitung anderweitig zu decken;
5. wenn in landwirtschaftlichen Betrieben außer Schleppern keine weiteren Eigenanlagen betrieben und die Schlepper nicht zur Erzeugung von Elektrizität verwendet werden;
6. wenn die Eigenanlage ausschließlich mit Betriebsabfällen oder mit Wasserkraft betrieben wird;
7. wenn die Eigenanlage ausschließlich aus Gegendruck- oder Anzapfmaschinen mit Abdampfverwertung für gewerbliche Herstellungsverfahren oder für den Bedarf von öffentlichen Einrichtungen oder Anstalten einer Gemeinde (eines Gemeindeverbandes) besteht".

Hierbei ist gemäß § 9 der 5. DVO nicht als ZusV anzusehen,

"wenn der Energiebedarf eines Abnehmers regelmäßig durch mehrere Energieversorgungsunternehmen nebeneinander gedeckt wird".

Nach § 6 der 5. DVO ist also grundsätzlich eine ZusV nur zumutbar, wenn sie in Wahrheit für die jeweilig angeschlossenen Anlagen die GesamtV übernimmt (Ziff. 1 bis 5), so daß in diesen Fällen gemäß § 6 Abs. 2 der 5. DVO sogar die für eine GesamtV entsprechenden Preise und Bedingungen einzuräumen sind.

Nur für die hier interessierenden Betreiber von Eigenanlagen, welche mit Betriebsabfällen, Wasser oder durch die besonders wirtschaftliche Wärme-Kraft-Kupplung betrieben werden, können darüberhinaus eine echte ZusV beanspruchen. Hierin kommt zum Ausdruck, daß die ZusV nur "wirtschaftlich zumutbar" sein soll, sofern die industrielle Eigenanlage für die GrundV kostengünstiger als die Kraftwerke der öVU arbeitet. So wird man iEErn mit anderen, nicht unter die Ziff. 6 und 7 des § 6 der 5. DVO fallenden Eigenanlagen, die gleichwohl den Kraftwerken der öVU wirtschaftlich überlegen sind, in entsprechender Anwendung des § 6 der 5. DVO einen Anspruch auf ZusV nach § 6 Abs. 3 EnG zubilligen müssen.

Diese Auslegung entspricht dem für die Auslegung der 5. DVO heute noch bedeutsamen Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 19.2.1941 - II EE 557/41 169).

"... Eigene Energieerzeugungsanlagen sind ein volkswirtschaftlich wichtiges Glied der Gesamtenergiewirtschaft. Sie haben grundsätzlich dort Daseinsberechtigung, wo sie den auftretenden Energiebedarf mit besseren technischen und wirtschaftlichem Wirkungsgrad decken können als die öffentliche Energieversorgung.

Die in der 5. DVO genannten Fälle stellen nun lediglich einen kleinen Ausschnitt aus der Vielzahl derjenigen Tatbestände dar, in denen eine Zusammenarbeit zwischen Eigenanlagen und öffentlicher Energieversorgung technisch möglich und volkswirtschaftlich erwünscht ist. Es handelt sich hierbei um diejenigen Fälle, in denen über die volkswirtschaftliche Verpflichtung zu gemeinsamer Zusammenarbeit überhaupt kein Zweifel mehr bestehen kann. Hier gibt es nun - im Gegensatz zu der bisherigen Gesetzeslage - die 5. DVO den Eigenanlagenbesitzern ein unbestreitbares und durch Klage erzwingbares Recht auf Res- und ZusV. Dies bedeutet zunächst eine erhebliche rechtliche Besserstellung der Eigenanlagen. Zugleich wird aber hierdurch sichergestellt, daß in Zukunft i. R. der in der VO angeführten Fälle eine geordnete technisch und volkswirtschaftlich notwendige Zusammenarbeit zwischen Eigenanlagen und öffentlicher Energieversorgung nach gesamtenergiewirtschaftlichen Gesichtspunkten erfolgt ...

Die in der VO genannten Fälle regeln nun keineswegs erschöpfend das Gebiet der Zusammenarbeit zwischen Eigenanlagen und öffentlicher Energieversorgung. Sie stellen, wie gesagt, nur das Mindestmaß dessen dar, was aus volkswirtschaftlichen Gründen sowohl von

der öffentlichen Energieversorgung wie auch von den Eigenanlagen unter allen Umständen verlangt werden muß. Angesichts der nunmehrigen klaren Abgrenzung des rechtlichen Anspruchs können diese Fälle ohne besondere Schwierigkeiten vor den ordentlichen Gerichten entschieden werden. Der für das Vorliegen eines klagbaren Anspruchs in der VO gebrauchte Ausdruck "zumutbar" lehnt sich an den bisherigen Sprachgebrauch des Energiegesetzes an und bedeutet nur, daß in den in der VO genannten Fällen der Versorgungsanspruch im Klagewege durchgesetzt werden kann.

Über die in der 5. DVO genannte Zumutbarkeit oder - mit anderen Worten - über die Rechtspflicht zur gemeinsamen Arbeit hinaus geht jedoch die volkswirtschaftliche ... Verpflichtung der Energiewirtschaft, Aus diesem Grund ist auch durch § 11 der VO ausdrücklich vorbehalten, daß der Reichswirtschaftsminister in Fällen, in denen das öffentliche Interesse dies erforderlich macht, die weitergehenden volkswirtschaftlichen Verpflichtungen durch besondere Anordnung feststellen und damit eine ersprießliche Zusammenarbeit zwischen Eigenanlagen und öffentlicher Energieversorgung erzwingen kann"...

Eiser-Riederer ¹⁷⁰⁾ ist zuzustimmen, wenn sie meinen, angesichts der heutigen Energierechte geringeren Einwirkungsmöglichkeiten der Verwaltung sei dieser Erlaß bis zur Grenze der Tragfähigkeit des Wortlauts der 5. DVO bei der Auslegung zu berücksichtigen. Die 5. DVO soll ebenso wie die in Frankreich die Zusammenarbeit der öVU mit den iEern sichern, soweit die besonders wirtschaftlichen Eigenanlagen gesamtwirtschaftliche Vorteile erbringen. Dies ist besonders in § 6 Ziff. 6 und 7 der 5. DVO zum Ausdruck gekommen, wo der Begriff der "Zumutbarkeit" nicht die wirtschaftlichen Einzelverhältnisse bei dem jeweiligen öVU und iEer, sondern die grundsätzliche Entscheidung darstellt, welche Eigenanlagen überhaupt durch die öffentliche ZusV gestützt werden sollen. Die Wirtschaftlichkeit der genannten Eigenanlagen und damit ihre Förderungswürdigkeit wird hier offenbar abstrakt als gegeben angesehen. Ein öVU kann nicht mehr mit der Begründung, der Besitzer einer solchen Eigenanlage könne sich selbst mit Zus. Strom versorgen, die ZusV ablehnen ¹⁷¹⁾, es sei denn, die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 EnG lägen vor (s. dazu weiter unten).

Der Anspruch auf Zus/ResV des iEers wird auch nicht etwa durch § 11 der 5. DVO eingeschränkt, welcher bestimmt, daß gegen die EVU kein Anspruch zu günstigeren Bedingungen und Preisen als den allgemeinen Bedingungen

gen und allgemeinen Tarifpreisen, da diese Vorschrift nicht den Anspruch als solchen, sondern nur die Bedingungen und Preise der Zus- und ResV zum Gegenstand hat ¹⁷²⁾.

cc) Die Versorgungspflicht bei der Zusatz- und Reserveversorgung mit mittel- und hochgespanntem Strom

Die authentischen Erläuterungen der 5. DVO zum Tatbestandsmerkmal der "wirtschaftlichen Zumutbarkeit" i. S. des § 6 Abs. 3 EnG beziehen sich nach dem Wortlaut allgemein auf die Zusatz- und ResV der iEer durch die öVU. Dennoch könnte es zweifelhaft sein, ob diese DVO sämtliche Fälle, d. h. neben der Versorgung mit niedergespanntem Strom auch die mit mittel- oder hochgespanntem Strom, erfassen sollte.

Einige Formulierungen der 5. DVO lassen erkennen, daß ihre Verfasser offensichtlich lediglich die Zus/ResV mit niedergespanntem Strom im Auge hatten. So heißt es in § 5, welcher die Zumutbarkeit der ResV definiert, es sei von dem normalen, im gesamten Niederspannungsnetz des öVU vorhandenen Ausgleich der Einzelbelastungen auszugehen. Bei der Definition der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der ZusV in den Ziff. 1 und 2 des § 6 Abs. 1 sind typische Niederspannungsverhältnisse angegeben. Breitfeld ¹⁷³⁾ und offenbar auch Fischerhof ¹⁷⁴⁾ meinen denn auch, § 6 Abs. 3 EnG i. V. m. der 5. DVO sei nur auf die Zus/ResV mit niedergespanntem Strom anwendbar.

Dieser Ansicht kann jedoch nicht zugestimmt werden. Selbst wenn der Gesetzgeber bei der Abfassung des § 6 EnG lediglich die Niederspannung im Auge gehabt haben sollte, so ist dies jedenfalls in dem Wortlaut der Vorschrift nicht zum Ausdruck gekommen. Ebenso wenig rechtfertigt der Sinn und Zweck dieser Vorschrift diese einschränkende Auslegung. Wie bereits dargestellt, soll das EnG eine möglichst soziale, billige und sichere EIV gewährleisten. Diesem Zweck dient auch die wirtschaftlichste Zusammenarbeit zwischen öVU und iEer, wie auch im Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 19.2.1941 zum Ausdruck gekommen ist. Daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 6 EnG lediglich die NiederspannungV im Auge hatte, ist darauf zurückzuführen, daß er bei der damaligen noch weitgehend isolierten öffentlichen EIV wesentlich geringerer Intensität. ¹⁷⁵⁾ und auch regelmäßig niedrigerer Spannung und den damit bedingten unzureichenden Erfahrungen die Probleme des Hochspannungsverbundes zwischen öVU und Industrie noch nicht völlig überschauen konnte und deshalb eine gesetzliche Regelung der allgemeinen Bedingungen und Tarifpreise für undurchführbar

lt 176). Derartige V. Verhältnisse waren damals noch sehr selten und die zwischen technischen und wirtschaftlichen Merkmale noch nicht oder kaum erkennbar. Die Verhältnisse haben sich in den folgenden 30 Jahren jedoch erheblich geändert. Die öVU sind heute in der Regel technisch und wirtschaftlich durchaus darauf eingerichtet, iEEr mit mittel- oder hochgespanntem Strom zu versorgen¹⁷⁷⁾. Weitaus der größte Teil des Industriestroms wird heute in Hochspannungsanlagen erzeugt. Die Mehrzahl der Zus/ResV. -Verträge wird nach Vertragsvordrucken geschlossen. Eine Regelung, wie sie für die NiederspannungsV eingeführt wurde und z. B. in Frankreich auch für die Mittel- und HochspannungsV besteht, wäre el. wirtschaftlich erwünscht¹⁷⁸⁾. Sofern bestehen keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 3 EnG auf die mittel- und hochgespannte Zus/ResV der iEEr, welche schon von Ley¹⁷⁹⁾ und in neuerer Zeit von Berger¹⁸⁰⁾ befürwortet wurde. Dem steht nicht entgegen, daß für die VollV i. S. des § 6 Abs. 1 EnG mit mittel- und hochgespanntem Strom weder allgemeine Bedingungen noch allgemeine Tarife von den öVU veröffentlicht worden sind und deshalb ein Anspruch auf eine derartige Versorgung zu diesen Bedingungen und Preisen nicht besteht.

Fraglich ist dagegen, ob die 5. DVO die Zus/ResV mit mittel- und hochgespanntem Strom mitregelt, da in den genannten Wendungen der §§ 5 und 6 der Ausdruck des Willens der damals zur authentischen Interpretation des EnG berechtigten Regierung, lediglich die Zus/ResV mit niedergespanntem Strom näher zu regeln, gesehen werden könnte. Nach dem Wortlaut ist die Einschränkung des Anwendungsbereichs der DVO auf die NiederspannungsV nicht zwingend, zumal § 6 Ziff. 6 und 7 in den hier interessierenden Fällen hinsichtlich der Zumutbarkeit der ZusV lediglich auf den Betrieb besonders wirtschaftlicher Eigenanlagen abstellt. Es wäre aber wirtschaftsfremd, bei der ResV mit mittel- oder hochgespanntem Strom gemäß § 5 der 5. DVO von dem normalen Diversitätsfaktor des örtlichen Niederspannungsnetzes, von welchem ein iEEr mit Hochspannungsanschluß nicht direkt angeschlossen ist, auszugehen. Dies allein kann jedoch nicht rechtfertigen, die DVO als nur die Mittel- und HochspannungsV unanwendbar anzusehen. Auch der Sinn und Zweck der VO müßten dies gebieten. Sie soll, wie bereits im Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 19. 2. 1941 klar gestellt wird, die Fälle regeln, in denen eine Zusammenarbeit zwischen Eigenanlagen und öffentlicher EnergieV technisch möglich und volkswirtschaftlich erwünscht ist. Es handelt sich hierbei um diejenigen Fälle, in denen über die volkswirtschaftliche Verpflichtung zu gemeinsamer Zusammenarbeit überhaupt kein Zweifel mehr bestehen kann ... Sie stellen ... nur das Mindestmaß dessen dar, was aus

volkswirtschaftlichen Gründen sowohl von der öffentlichen EnergieV wie auch von den Eigenanlagen unter allen Umständen verlangt werden muß". Da in § 6 Abs. 3 EnG und der 5. DVO hinsichtlich des allein maßgeblichen Tatbestandsmerkmals der "Zumutbarkeit" erkenntlich noch auf die Kosten bei der öVU und den volkswirtschaftlichen Vorteil einer Zusammenarbeit zwischen diesen und den iEern, nicht also auf z. B. den Wettbewerb zwischen Eigenanlage und öffentliches Kraftwerk oder die wirtschaftliche Zumutbarkeit der industrie-eigenen Zus/ResV für die iEer abstellt, sind keine Unterschiede in der Interessenlage bei der Versorgung von iEern mit eigenen Hoch- und Niederspannungsanlagen zu sehen. Da die industriellen Mittel- und Hochspannungsanlagen für die nationale El. Wirtschaft erheblich bedeutsamer sind als die Niederspannungsanlagen, ist ihre wirtschaftliche Sicherung durch die öffentliche Zus/ResV volkswirtschaftlich sogar von weit größerem Interesse als die Versorgung der Betreiber von Niederspannungsanlagen, welche naturgemäß el. wirtschaftlich einen wesentlich geringere Bedeutung haben.

Die 5. DVO ist daher auch auf die Zus/ResV mit mittel- und hochgespanntem Strom anzuwenden. Dieser Auslegung entspricht die jahrzehntelange Übung im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr. Ihre Einheitlichkeit und die Überzeugung der beteiligten Vertragsparteien, diese Rechtspraxis sei rechtens, dürfte Gewohnheitsrecht¹⁸¹⁾ geschaffen haben, falls die 5. DVO entgegen der hier vertretenen Auffassung lediglich auf die NiederspannungsV bezogen würde. Mit Ausnahme Breitfelds und Fischerhofs unterscheidet auch die Literatur, welche sich mit dem Anspruch des § 6 Abs. 3 EnG und der 5. DVO befaßt, nicht zwischen der Zus/ResV mit einerseits nieder- und andererseits mittel- und hochgespanntem Strom.

Die Anwendung der 5. DVO auf die Zus/ResV mit hochgespanntem Strom erfordert eine entsprechende Anwendung der einzelnen Regelungen. So wird der Diversitätsfaktor in § 5 der 5. DVO bei hochgespannter ResV nach dem des angeschlossenen Hochspannungsnetzes berechnet werden müssen¹⁸²⁾

c) Die Beschränkung des Anspruchs nach § 6 Abs. 2 EnG

§ 6 Abs. 2 EnG schränkt die V. Pflicht der öVU allgemein ein:

"Die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht besteht nicht;

1. wenn der Anschluß oder die Versorgung dem Versorgungsunternehmen aus wirtschaftlichen Gründen, die auch in der Person des Anschlußnehmers liegen könnten, nicht zugemutet werden kann,

2. wenn der Anschlußnehmer die Mitteilung nach § 5 Abs. 2 unterlassen hat, es sei denn, daß die Mitteilung ohne sein Verschulden unterblieben oder seit Errichtung oder Erweiterung der Energieerzeugungsanlage ein Zeitraum von zehn Jahren verstrichen ist".

Gemäß § 7 der 5. DVO gilt diese Vorschrift auch für die Zus- und ResV. Die "Zumutbarkeit" i. S. der Ziff. 1 ist hier in erster Linie auf eine Versorgung zu weniger differenzierten Bedingungen und Tarifpreisen zu beziehen, weil für die Zus/ResV der iEer regelmäßig den einzelnen Umständen und Kosten weitgehend angepaßte Bedingungen und Preise ausbedungen werden und so die Unzumutbarkeit der Versorgung für das EVU ausschließt¹⁸³⁾.

Die wirtschaftliche Zumutbarkeit i. S. des § 6 Abs. 2 Ziff. 1 EnG ist auf die konkreten wirtschaftlichen Einzelverhältnisse zu beziehen. Es kann also nicht in dem Ausmaß wie bei der Klein- und KleinstabnehmerV von der Rentabilität des Einzelabschlusses aus sozialen und rechnungstechnischen Gründen abgesehen werden und etwa unter dem Gesichtspunkt der "gesunden Mischung" von Tarif- und Sonderabnehmern ein über einen sich rechnungstechnisch ergebenden Mindestbetrag hinausgehenden Kostenausgleich zwischen beiden V. Bereichen herbeigeführt werden¹⁸⁴⁾ und zum Maßstab für die wirtschaftliche Zumutbarkeit der Zus/ResV gemacht werden. Bei persönlichen Umständen, z. B. bei Kreditunwürdigkeit oder bei mehrfachem Stromdiebstahl des iEers, kann die Zus/ResV seitens des öVU abgelehnt werden¹⁸⁵⁾. Bei allen Zus/ResV. Verträgen sind auch stets allgemein el. wirtschaftliche Belange zu beachten. So ist z. B. ein noch so vorteilhafter Vertrag von dem öVU abzulehnen, wenn die Versorgung des gut zahlenden iEers Gefahren für die öffentliche EIV mit sich brächte¹⁸⁶⁾.

§ 6 Abs. 2 Ziff. 2 EnG, welcher nicht auf wirtschaftliche Verhältnisse abstellt, kann entgegen der Meinung Eiser-Riederers¹⁸⁷⁾, nur als vorbeugende Schutzbestimmung mit Strafcharakter für das im volkswirtschaftlichen Interesse geschaffene Vorverhandlungsrecht des § 5 Abs. 2 EnG angesehen werden, welches die Wahl der wirtschaftlichsten Nutzung der vorhandenen bzw. geplanten Energiequellen ermöglichen soll¹⁸⁸⁾ 189). Die el. - und volkswirtschaftliche Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift, welche für 10 Jahre dem einzelnen iEer und damit auch der Gesamtwirtschaft Schädigungen ohne wirtschaftlich und auch el. rechtlich gerechtfertigten Grund zufügen kann, ist schon wiederholt in berechtigte Zweifel gezogen worden.

Betrachtet man die Vorschriften des § 6 Abs. 2 und 3 EnG i. V. m. der 5. DVO, den erwähnten Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 19.2.1941,

desgleichen die Runderlasse des Reichskommissars für die Preisbildung 1/37 v. 30.1.1937 und 37/40 v. 3.4.1940, welche das Preisrecht i. S. des § 11 der 5. DVO näher bestimmen ¹⁹⁰⁾ im Zusammenhang, so bringen sie deutlich zum Ausdruck, daß iEer mit den Kraftwerken der öVU in ihrem Wirkungsgrad überlegenen Eigenanlagen zumindest für einen geschlossenen Betriebsteil grundsätzlich mit Zus./Res.Strom versorgt werden sollen. Dies bedeutet eine große Änderung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung zur wirtschaftlichen Zumutbarkeit, welche vor Inkrafttreten des EnG lediglich durch die Grenzen der Sittenwidrigkeit bestimmt wurden ¹⁹¹⁾.

Wenngleich insbesondere § 5 der 5. DVO bei der ResV eine rein nach wirtschaftlichen Kriterien ausgerichtete Versorgung der iEer durch die öVU - wenn auch unbeabsichtigt - behindert, so ist gemäß § 6 Abs. 2 EnG davon auszugehen, daß grundsätzlich allein die wirtschaftlichen und für die sichere und billige gesamte öffentliche ELV erheblichen technischen, wirtschaftlichen und persönlichen Umstände bei der Frage der Anschluß- und V. Pflicht der öVU gegenüber den iEern maßgebend sind. Dies schließt, wie § 5 Ziff. 6 und 7 klar zu erkennen gibt, z. B. die Verweigerung eines Vertragsabschlusses durch ein öVU mit der Begründung, die Eigenanlage des iEers sei Wettbewerber seines eigenen öffentlichen Kraftwerkes, welchen es nicht durch Zus./ResV unterstützen wolle, schlechthin aus ¹⁹²⁾. Es soll die wirtschaftlich sinnvolle Zusammenarbeit zwischen öVU und iEer, d. h. die rationellste Ausnutzung vorhandener bzw. potentieller Energiequellen und El. Anlagen, gesichert werden. Insoweit ist die Vertragsfreiheit des öVU el. rechtlich beschränkt, um den Leistungswettbewerb zwischen den einzelnen El. Gewinnungsanlagen im Interesse optimaler Wirtschaftlichkeit der El. Wirtschaft zu schützen. Als Kriterium gilt so auch im westdeutschen El. Recht nicht ein Wettbewerbspreis, sondern die Kosten. Dies verdient deshalb hervorgehoben zu werden, weil der produktivitätsmaximierende Preiswettbewerb trotz Fehlens wesentlicher Voraussetzungen im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr immer wieder als gegeben angesehen oder doch gefordert wird.

Bemerkenswert ist an dieser Regelung unter wirtschaftsordnungsrechtlichen Gesichtspunkten auch, daß die Abschlußpflicht der öVU unabhängig davon gilt, ob im Einzelfall das öVU dem iEer gegenüber Monopolist, lediglich marktstärker, gleichstark oder gar schwächer ist. Dies ist wohl damit gerechtfertigt worden, daß selbst in den letzteren Fällen im Parallelverkehr mangels freien Spiels verschiedener Angebote und Nachfragen kein arbeitsfähiger preisorientierter Marktmechanismus besteht und in jedem Fall die wirtschaftlichste Zusammenarbeit gewährleistet werden soll.

Trotz dieser grundlegenden el. rechtlichen Entscheidung zugunsten eines Anschlußzwanges der öVU gegenüber den iEern, welche der Unvollkommenheit bzw. dem Fehlen eines dem preisbestimmten Marktmechanismus zugänglichen Marktes der Zus/ResV gerecht wird, muß jedoch festgestellt werden, daß die el. rechtlichen Regelungen deshalb von geringem praktischen Wert sind, weil die V. Pflicht, wie noch gezeigt werden wird, inhaltlich nicht hinreichend bestimmt ist, was bei dem wegen der Kapitalintensität äußerst kostenempfindlichen Markt für Zus/Res. Strom erforderlich und z. B. vom französischen Gesetzgeber erkannt und entsprechend berücksichtigt worden ist.

d) Die Anwendbarkeit der energiegelsetzlichen Regelung auf sowohl die privatrechtliche als auch die öffentlichrechtliche Elektrizitätsversorgung

Der dargestellte energiegelsetzliche Anspruch auf Zus/ResV gilt für die Regel privatrechtlich durchgeführte ELV.

Wie wir bereits feststellten, wird die ELV in einigen kommunalen Betrieben hoheitlich betrieben, welche sich grundsätzlich nach den jeweiligen besonderen Gemeindegesetzungen richten und dem allgemeinen Grundsatz der Anstaltsrechtlichen Anschlußpflicht^{193) 194)} folgt. Diesen öffentlichrechtlichen Vorschriften soll § 6 Abs. 3 EnG als Sonderrecht vorgehen. Dies ergibt sich eindeutig aus § 6 Abs. 5 EnG:

"Wird ein Energieversorgungsunternehmen nach § 17 der Deutschen Gemeindeordnung als öffentliche Einrichtung einer Gemeinde (eines Gemeindeverbandes) betrieben, so finden im Streitfall über die Anschluß- und Versorgungspflicht (Absätze 1 bis 3) die Verfahrensvorschriften der §§ 29 und 30 der Deutschen Gemeindeordnung Anwendung; auf Antrag einer Partei entscheidet das Verwaltungsgericht auch über Ausmaß und Bedingungen von Anschluß und Versorgung, die nach Abs. 3 Satz 2 dem Energieversorgungsunternehmen zumutbar sind".

Abs. 5 setzt die Anwendung des § 6 EnG auf die hoheitliche ELV voraus und stellt lediglich die Frage des Rechtsweges im Falle von Streitigkeiten dar. Das subjektive öffentliche Anstaltsbenutzungsrecht¹⁹⁵⁾ bestimmt sich hier bezüglich der Voraussetzungen und des Umfangs nach § 6 Abs. 2 und 3 EnG i. v. m. der 5. DVO. Auch hier gelten also die Anspruchsgrenzen der wirtschaftlichen Zumutbarkeit, da anders § 6 Abs. 5 EnG überflüssig wäre

und im übrigen die Anschluß- und Versorgungspflicht gegenüber iEern für die öffentlich- und privatrechtliche Versorgung einheitlich geregelt werden sollte. Der Umstand allein, daß das kommunale öVU öffentliche Bedürfnisse zu erfüllen hat, nur hieraus seine innere rechtliche Grundlage ableitet und eine weitgehenden öffentlich-rechtlichen Bindung allen gemeindlichen Mitgliedern gegenüber unterliegt, kann also keine weitergehende Zus./ResV. Pflicht begründen, obwohl im Gegensatz zu der übrigen öffentlichen EIV fiskalischen Interessen nicht berücksichtigt werden dürfen und insoweit eine andere wirtschaftliche Situation besteht.

2. Die Anspruchsergänzungen nach allgemeinen Vorschriften

§ 6 Abs. 3 EnG i. V. m. den §§ 5 und 6 der 5. DVO verpflichtet die öVU nicht in allen Fällen zur Zus./ResV gegenüber den iEern, wenngleich insbesondere die meisten hier interessierenden Fälle erfaßt sind. Ein solcher Abschlußzwang besteht aber z. B. nicht, wenn der iEer ResV lediglich für einen Betriebsteil verlangt, keinen festen Jahresleistungspreis für die Res. Stromleistung zahlen will, mit der Zugrundelegung einer möglichen gleichzeitigen Inbetriebnahme sämtlicher an das Leitungsnetz des betreffenden öVU angeschlossenen Res. Anschlüsse nicht einverstanden ist oder aber die Mitteilung der Errichtung bzw. Erweiterung seiner Eigenanlagen an das öVU unterlassen hat (§ 5 der 5. DVO bzw. § 6 Abs. 2 EnG i. V. m. § 7 der 5. DVO).

Es ist daher zu untersuchen, ob diese Lücken durch allgemeine Vorschriften des GWB, UWG, BGB und des öffentlichen Rechtes über die Bindung der Vertragsfreiheit geschlossen werden können. Dies wäre dann nicht möglich, wenn die Regelungen des Energierechtes als Sonderrecht ausschließenden Charakter trügen. Hierfür sprechen die Formulierungen in § 6 Abs. 2 EnG und in § 7 der 5. DVO: "Ein Anspruch besteht nicht ..."; ferner in § 6 Abs. 3 EnG: "Er kann aber Anschluß und Versorgung in dem Ausmaß und zu den Bedingungen verlangen, die dem Energieversorgungsunternehmen zumutbar sind", und in den §§ 5 und 6 der 5. DVO: Die Zus- bzw. ResV "ist ... nur zumutbar, wenn ...". Auch die rechtshistorische Betrachtung bestätigt den abschließenden Charakter der el. rechtlichen Sonderregelungen. Das EnG hat die langjährige, in der Rechtsprechung und Literatur ¹⁹⁶⁾ heftig diskutierte Streitfrage der Abschlußpflicht der öVU gegenüber den Tarif- und Sonderabnehmern, welche bisher bei der privatrechtlichen EIV insbesondere direkt oder in entsprechender Anwendung der §§ 138, 242, 826 BGB und § 1 UWG zu lösen versucht wurde, beseitigen wollen, indem er den durch Sittenwidrigkeit bestimm-

der Begriff der "wirtschaftlichen Zumutbarkeit" sonderrechtlich festlegte. Jedenfalls zur Zeit des Erlasses des EnG und der 5. DVO ist daher das positivierungsenergierechtliche Sonderrecht als abschließend¹⁹⁷⁾ und allen übrigen Normen vorgehend anzusehen gewesen. Angesichts des klaren Wortlautes gilt es auch trotz der großzügigen Auslegung des EnG und der 5. DVO bei dem betreffenden Erlass des Reichswirtschaftsministers vom 19.2.1941.

a) Die Anspruchsergänzung über § 26 Abs. 2 GWB bei der privatrechtlichen Versorgung

Seit Inkrafttreten des GWB hat § 26 Abs. 2 GWB, welcher mittelbaren Abschlußzwang begründen kann¹⁹⁸⁾, bei der privatrechtlichen EIV eine Änderung herbeigeführt. Er lautet:

"Marktbeherrschende Unternehmen, Vereinigungen von Unternehmen im Sinne der §§ 1 bis 8, 99 Abs. 2, § 100 Abs. 1 und 7, §§ 102 und 103 und Unternehmen, die Preise nach den §§ 16, 100 Abs. 3 oder § 103 Abs. 1 Nr. 3 binden, dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln".

Diese Vorschrift geht über den Schutz gegen Unlauterkeit, Sittenwidrigkeit und Zügellosigkeit des Wettbewerbs hinaus und soll die Einengung und Ausschaltung des freien Wettbewerbs verhindern¹⁹⁹⁾ bzw. die durch die marktbeherrschende Stellung bedingte Einengung bzw. Ausschaltung des freien Wettbewerbs durch Bindung der Vertragsfreiheit des Marktmächtigeren kompensieren. Obschon heute allgemein angenommen wird, daß das EnG trotz seiner andersgearteten und teilweise wettbewerbsfeindlichen Ziele grundsätzlich die Anwendung des GWB auf elektr. wirtschaftliche Tatbestände nicht ausschließt²⁰⁰⁾, so wird doch gerade die Anwendbarkeit des § 26 Abs. 2 GWB auf Tatbestände der Zus/ResV der iEer durch öVU teilweise²⁰¹⁾ mit Hinweis auf den Grundsatz "lex posterior generalis non derogat legi priori specialiori"²⁰²⁾ abgelehnt. § 109 GWB habe weder § 6 EnG noch die 5. DVO aufzuheben. Zudem entspräche § 26 Abs. 2 GWB nicht der wirtschaftlichen Marktgeometrie, da der iEer vor der Errichtung seiner Eigenanlage eine durchaus freie Wahl zwischen dem Strombezug vom EVU und dem Bau einer eigenen Anlage gehabt habe. Entscheide er sich für das letztere, so sei es zumutbar, ihn die Folgen seiner Entscheidung tragen zu lassen, zumal die 5. DVO ihn gün-

stiger stelle als den Vertragspartner in anderen Wirtschaftszweigen, indem ihm das EnG einen Mindestanspruch gewährleiste.

Die hM ²⁰³⁾ nimmt hingegen den Vorrang des § 26 Abs. 2 GWB an. Zu Recht wird hervorgehoben, § 6 EnG stelle keine Spezialregelung gegenüber dem Tatbestand des § 26 Abs. 2 GWB dar, weil er teils weiter, teils enger gefaßt ist ²⁰⁴⁾; § 26 Abs. 2 GWB setzt keinen el. wirtschaftlichen Tatbestand, die §§ 6 Abs. 2 und 3 EnG i. V. m. 5 und 6 der 5. DVO keinen Vergleichstatbestand voraus. Bei gleicher Behandlung verschiedener iEER durch ein öVU kann z. B. der Tatbestand des EnG erfüllt sein, ohne daß die Voraussetzungen des § 26 Abs. 2 GWB vorzuliegen brauchen ²⁰⁵⁾. Es besteht daher kein Verhältnis eines Sondergesetzes zu einem allgemeinen. Es gilt vielmehr der Grundsatz "lex posterior derogat legi priori", wobei das spätere Gesetz das frühere insoweit auch ohne ausdrückliche Regelung aufheben kann, als es im Widerspruch zu ihm steht ²⁰⁶⁾. § 109 GWB kann und soll auch keine erschöpfende Aufzählung der durch das GWB aufgehobenen Vorschriften enthalten. Ferner ist es verfehlt, die marktbeherrschende Stellung des öVU gegenüber den iEern allgemein mit dem Argument widerlegen zu wollen, die iEer hätten grundsätzlich die Wahl zwischen der Fremd- und Eigenversorgung. Wie wir bereits gesehen haben, erlauben die hier in Rede stehenden Eigenanlagen mitunter erhebliche Kostenersparnisse. Die Konkurrenzfähigkeit und damit die Existenz vieler iEer auf dem Markt ihrer Hauptproduktion hängt von der Betreibung dieser Eigenanlagen ab. Die technischen und wirtschaftlichen Vorzüge der Zusammenarbeit der iEer mit den öVU können wirtschaftlich so zu einer marktbeherrschenden Stellung der letzteren führen. Wie der Erlaß des RWM v. 19.2.1941 zum Ausdruck bringt, sollten das EnG und die 5. DVO späteren weitergehenden Regelungen in keiner Weise vorgreifen. Wenn der Gesetzgeber das als wirtschaftliches Grundgesetz aufgefaßten GWB ²⁰⁷⁾ die el. Wirtschaft ersichtlich mit in das allgemeine Wettbewerbsrecht einbezogen und lediglich hinsichtlich der el. wirtschaftlichen Marktordnung gemäß § 103 GWB eine Ausnahme von den §§ 1, 15 und 18 GWB erwähnt wird, muß davon ausgegangen werden, daß die wirtschaftsordnungs-politische Entscheidung, beherrschenden Unternehmen bezüglich der Behandlung ihrer abhängigen Vertragspartner gewisse Beschränkungen der Vertragsfreiheit aufzuerlegen, auch für die EVU gelten soll.

§ 6 Abs. 2 und 3 EnG i. V. m. der 5. DVO sind unwirksam, soweit diese Vorschriften dem § 26 Abs. 2 GWB im Einzelfall widersprechen. Dieser wird im Gegensatz zu jenen allein den heutigen technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten in der el. Wirtschaft gerecht. Die genannten rechtlichen Bestimmungen verhindern die durch den Wettbewerbsschutz des

AB angestrebte beste VerbraucherV und die Produktivitätsmaximierung. Sogleich nun diese allgemeine Zielsetzung des GWB der - insoweit speziellen - energiegesetzlichen nicht vor- sondern nachgeht, so kann hier der Rang des § 26 Abs. 2 GWB doch deshalb angenommen werden, weil die Drängung der o. a. energierechtlichen Vorschriften dem erklärten energiegesetzlichen Zweck nicht nur nicht entgegensteht, sondern der möglichst billigen StromV dienlich ist. Wie bereits dargetan, sind die Einschränkungen des Zus/ResV-Anspruchs aus § 6 Abs. 2 und 3 EnG i. V. m. den §§ 5 und 6 Abs. 5. DVO in Wahrheit nicht el. wirtschaftlich oder technisch bedingt²⁰⁸). Sie beruhen auf der Beurteilung einer über 30 Jahre zurückliegenden, inzwischen völlig veränderten Wettbewerbslage zwischen den - damals insularen - EU und den - damals noch relativ wesentlich stärkeren - iEer und einer etwas iEer-feindlichen Grundeinstellung des damaligen Gesetzgebers und der Vorurteile, deren Auswirkungen zumindest heute den energiegesetzlichen Zielen widersprechen würden.

Der Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB, welcher die unbillige wettbewerbliche Behinderung und die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung wirtschaftlich gleichwertiger Leistungsangebote oder -nachfragen marktabhängiger Vertragspartner durch beherrschende Unternehmen bzw. beherrschende Vereinigungen von Unternehmen verhindern soll, steht insoweit nichts im Wege.

§ 26 Abs. 2 GWB soll beim gestörten Marktgleichgewicht trotz mangelnder produktivitätsmaximierender Marktordnungsfähigkeit des Wettbewerbspreises einen Leistungswettbewerb aufrecht erhalten. Grundlage ist grundsätzlich der Wettbewerbspreis des hypothetischen Wettbewerbs auf dem jeweiligen Markt²⁰⁹), nicht die Kosten, da das GWB keinen Anhaltspunkt dafür bietet, daß marktbeherrschende Unternehmen hinsichtlich ihrer Geschäfts-, insbesondere Preispolitik, weitergehend eingeschränkt sein sollen als Unternehmen ohne Marktmacht durch den Preiswettbewerb gebunden werden. Würden die Kosten als Grundlage des § 26 Abs. 2 GWB angenommen, wäre der Grundsatz der restriktiven Auslegung grundrechtsbeschränkender, d. h. hier der Vertragsfreiheit einengender Bestimmungen verletzt. Es muß daher in Betracht genommen werden, daß ein bestimmter hypothetischer Wettbewerbspreis möglicherweise überhaupt nicht ermittelt werden und nur eindeutige Abweichungen erfaßt werden können.

Wie bereits festgestellt²¹⁰), herrscht aber auf dem durch das Energiegesetz bestimmten Parallelverkehrs-Markt ein an der Wirtschaftlichkeit der Erzeugung und des Vertriebs, also an den Kosten orientierter Wettbewerb. Die wirtschaftlichen Unternehmen haben aufgrund der energierechtlichen Be-

stimmungen bei der Fremdversorgung die Preise nach den Kosten einer angemessenen Verzinsung des investierten Kapitals festzusetzen²¹¹⁾. Da § 26 Abs. 2 GWB von den wettbewerblichen Gegebenheiten der jeweiligen Märkte, aufgrund welcher allein die unbillige wettbewerbliche Behinderung bzw. die Vergleichstatbestände bestimmt werden können, ausgehen muß, ist im Parallelverkehr der Kostenpreis zugrunde zu legen. Nur so kann auch die Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB der el. rechtlichen Grundforderung der sicheren und billigen EIV Rechnung tragen.

Die Erweiterung der energierechtlichen Vertragsfreiheits-Bindung des öVU durch § 26 Abs. 2 GWB wirft so weder energie- noch wirtschaftsordnungsrechtliche Probleme auf.

§ 26 Abs. 2 GWB ist nur in den Fällen anwendbar, in denen das liefernde öVU marktbeherrschend ist, eine Vereinigung von öVU i. S. der §§ 1 bis 8 und 103 GWB vorliegt oder das öVU nach den §§ 16 und 103 Abs. 1 Ziff. 3 GWB die Preise bindet.

Die Beschränkung der Vertragsfreiheit der öVU-Vereinigungen i. S. der §§ 1 bis 8 und 103 GWB, d. h. praktisch aller vom Gesetz genannten Kartelle ohne Rücksicht auf ihre Rechtswirksamkeit²¹²⁾, dürfte hier keine Bedeutung haben, da die Zus/ResV-Verträge vom iEER jeweils mit einem einzigen öVU abgeschlossen werden. Ebenso wenig dürfte für die Zus/ResV vom iEER die Beschränkung der Vertragsfreiheit der öVU, welche die Preise nach den §§ 16 und 103 Abs. 1 Nr. 3 GWB binden, erheblich sein, weil die iEER hier als Endabnehmer auftreten, nur dem in der Freiheit der Preisgestaltung beschränkten Weiterverteiler aber die gleichen Einkaufsbedingungen gesichert werden sollen.

Eine größere Bedeutung könnte für die Zus/ResV jedoch die Bindung der Vertragsfreiheit marktbeherrschender öVU haben, welche für eine bestimmte Art von Waren oder gewerbliche Leistungen ohne Wettbewerber sind oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt sind (§ 22 Abs. 1 GWB). Die el. Energie ist "Ware" i. S. dieser Bestimmung²¹³⁾. Auch eine örtlich begrenzte marktbeherrschende Stellung genügt²¹⁴⁾. Ferner sind nicht rechtliche und wirtschaftliche Monopole erforderlich. Auch eine wirtschaftliche Marktmacht minderen Grades reicht aus²¹⁵⁾, welche sich nur auf einen Teil der el. wirtschaftlichen Tätigkeit, hier der Erzeugung und/oder des Vertriebs von Zus/Res. Strom zu beziehen braucht²¹⁶⁾. Wegen der meist technisch bedingten großen wirtschaftlichen Überlegenheit der öffentlichen Zus/ResV auf diesem Markt dürfte größtenteils bei der westdeutschen El. Wirtschaft eine marktbeherrschende Stellung der öVU gegenüber den iEern be-

ehen ²¹⁷⁾.

Als "Unternehmer" i. S. des § 26 Abs. 2 GWB können auch kommunal- und nichtrechtsfähige Eigenbetriebe angesehen werden, welche die ElV privatwirtschaftlich vornehmen, da der Begriff funktional aufgefaßt werden muß ²¹⁸⁾. Mit "Vereinigung von Unternehmen" sollen sämtliche Kartellverträge des GWB erfaßt werden ²¹⁹⁾, also auch die i. S. des § 103 Abs. 1 GWB.

"Geschäftsverkehr" i. S. des § 26 Abs. 2 GWB ist jeglicher Waren- und Leistungsaustausch ²²⁰⁾, also auch die Zus./ResV.

Als Kriterien für die "Gleichartigkeit" von Unternehmen, welche in § 26 Abs. 2 GWB wohl nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist ²²¹⁾, werden im allgemeinen die Funktion, die Absatzwege und die Absatzgebiete, die Leistung, die Erzeugnisse, der Geschäftsumfang angeführt ²²²⁾. Wie schon den bestehenden el. wirtschaftlichen Verträgen zum Ausdruck kommt, sind der El. Wirtschaft, in welcher es keine den el. wirtschaftlichen Funktionen der Erzeugung, des Transportes und der Verteilung auch nur im allgemeinen entsprechende Aufteilung der el. wirtschaftlichen Unternehmen gibt, für die Gleichartigkeit allein die "Klemmeigenschaften", wie die Benutzungsdauer, die Spannung, der Höchstlastzeitpunkt, die bestellte Leistung, etc., entscheidend ²²³⁾. Auch für die Beurteilung der "Gleichartigkeit" von Stromabnehmern sieht die fast einhellige Meinung ²²⁴⁾ die Klemmeigenschaften als maßgeblich an. Allerdings müssen die betrieblichen und persönlichen Verhältnisse, wie die Finanzlage, die konjunkturellen Erwartungen, die kaufmännische Integrität der Unternehmensleiter usw. der verglichenen Nachfrager ebenfalls berücksichtigt werden. Im Einzelfall kann so "Gleichartigkeit" zwischen Industrieunternehmen mit und ohne Eigenanlagen ²²⁵⁾, aber auch zwischen diesen und regionalen oder gar überregionalen El. Verteilern bestehen.

Gerigk ^{225a)} meint, die Ungleichartigkeit der Sonderabnehmer mit und ohne Eigenanlagen ergebe sich aus der unterschiedlichen Behandlung in § 6 Abs. 1 und 3 EnG und der verschiedenen Marktmacht ^{225b)} dieser Abnehmergruppen gegenüber den öVU. Dieser Begründung kann deshalb nicht zugestimmt werden, weil nach hier vertretener Auffassung § 6 EnG durch § 26 Abs. 2 GWB insoweit außer Kraft gesetzt ist, als er dieser Bestimmung widerspricht. Wenn daher nach dem Zweck des § 26 Abs. 2 GWB nur wirtschaftlich sachangemessene Differenzierungen, nicht aber die heute willkürlich erscheinenden des § 6 EnG i. V. m. der 5. DVO maßgeblich sein sollen, so müssen die letzten außer Ansatz bleiben. Die Unterscheidung nach der wirtschaftlichen Macht der Sonderabnehmer erscheint ebenfalls verfehlt,

selbst wenn davon abgesehen wird, daß - wie bereits in der Einleitung dieser Untersuchung festgestellt - die iEer häufig gegenüber den öVU über keine bessere Machtposition als die Sonderabnehmer ohne Eigenanlagen verfügen. Die Marktmacht ist in erster Linie für das Tatbestandserfordernis der Marktbeherrschung von Bedeutung. Ist zudem auf dem Markt statt des Preis- ein Kostenwettbewerb rechtlich allein maßgeblich, wie dies wegen der el. rechtlichen Grundforderung möglichst billiger EIV beim Wettbewerb zwischen industriellen und öffentlichen Erzeugungsanlagen der Fall ist, so verbietet sich eine differenzierende Behandlung marktabhängiger iEer je nach dem Grad ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit vom öVU. Der energierechtliche Zweck ist bei der Anwendung des GWB auf energierechtliche Tatbestände immer zu beachten ^{225c}). Nur die allein an den Klemmeigenschaften und wirtschaftlich relevanten Eigenschaften der Sonderabnehmer (Bonität, konjunkturelle Aussichten usw.) orientierte Prüfung der "Gleichartigkeit" i. S. des § 26 Abs. 2 GWB kann auch dem Ziel des GWB, nämlich der bestmöglichen VerbraucherV und Produktivitätsmaximierung gerecht werden.

Fraglich ist, ob die Zus/ResV in jedem Einzelfall ein dem iEer "üblicherweise zugänglicher" Geschäftsverkehr ist. Diese Voraussetzung bezieht sich nach der zurecht herrschenden Ansicht ²²⁶) sowohl auf den Behinderungstatbestand (§ 26 Abs. 2 1. Alternative GWB) als auch auf den der unterschiedlichen Behandlung (2. Alternative) und wird in der Rechtsprechung und Lehre teils nach individuellen, d. h. nach der Geschäftspraxis der einzelnen öVU ²²⁷ teils nach generellen, d. h. nach der Branchenüblichkeit ²²⁸), Gesichtspunkten ²²⁹) beurteilt.

Die erstere Ansicht, welche mitunter von der Rechtspraxis ²³⁰) beim Vertrieb bzw. bei der Änderung des Vertriebes von Markenartikeln vertreten wurde, wird damit begründet, den einzelnen Unternehmen müsse es anheim gestellt bleiben, ihre Vertragspartner auszusuchen. Sie könnten z. B. die Belieferung bestimmter Händler deshalb unterlassen, um ungünstige Reaktionen anderer Händler, auf die sie angewiesen sind, zu vermeiden ²³¹). Eisner ²³²) meinen, § 26 Abs. 2 GWB könne nur auf die V. Verhältnisse der einzelnen V. Gebiete abstellen, da dieses die V. Grenzen bestimme und deshalb die Wirkungen einer solchen Marktbeherrschung nur auf diesem Gebiet gewürdigt werden könne. Gegen diese Auslegung spricht indes der Wortlaut des § 26 Abs. 2 GWB, welcher eindeutig nicht auf den Geschäftsverkehr des jeweiligen herrschenden Unternehmens abstellt, sondern allgemein sagt: "... dürfen ... in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist ...". Die unterschiedliche Behandlung gleichartiger Unternehmen durch einzelne öVU aus Gründen der allgemeinen Ge-

Geschäftspolitik ist eine Frage der sachlichen Rechtfertigung und der Billigkeit einer wettbewerblichen Behinderung²³³). Im übrigen steht die Individualtheorie schon rein begrifflich im Gegensatz zur "Üblichkeit" und ist auch wegen ihres Mangels an der zur Rechtssicherheit und Wirksamkeit unerlässlichen Bestimmtheit vom Ergebnis her abzulehnen.

Die herrschende Meinung stellt mit Recht auf die Branchenüblichkeit ab und fragt, ob nach der Art und dem Umfang ihres Betriebes und ihrer wirtschaftlichen Funktion bestimmten gleichartigen Unternehmen der Geschäftsverkehr in der jeweiligen Branche üblicherweise zugänglich ist oder innerhalb der in Betracht kommenden Kreise aufgrund natürlicher wirtschaftlicher Entwicklung als allgemein üblich und angemessen empfunden wird²³⁴). Die Branchentheorie darf jedoch nicht zu engherzig angewandt werden. Schwierigkeiten der Rechtspraxis lassen sich vermeiden, wenn jeder Geschäftsverkehr als "üblicherweise zugänglich" betrachtet wird, welcher in der jeweiligen Branche unter Berücksichtigung der brancheneigenen Besonderheiten als wirtschaftlich sachangemessen erscheint und gegen keine gesetzlichen Verbote - insbesondere des UWG und des BGB - verstößt²³⁵). Nur diese Auslegung vermeidet die Erschwerung wirtschaftlicher Entwicklungen durch eine starre Rechtsanwendung.

Wird das Tatbestandsmerkmal "üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr" in dieser Weise ausgelegt, so kommt es nicht darauf an, ob das einzelne öVU bereits iEer mit Zus/Res. Strom versorgt bzw. diese Versorgung in Zukunft generell aufgeben will. Es ist angesichts der beschriebenen öw. wirtschaftlichen Verhältnisse in jedem Fall als gegeben anzusehen²³⁶).

aa) Der Versorgungsanspruch nach § 26 Abs. 2, 1. Alternative

Nach § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB darf ein EVU iEer bei der Zus/ResV weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern. Schutzgegenstand ist, wie bereits erwähnt, die Wettbewerbsfreiheit. Dieser Behinderungstatbestand kann nach zurecht herrschender Meinung²³⁷) sowohl durch das Verhalten des öVU gegenüber dem iEer als Konkurrent als auch durch das des öVU gegenüber dem iEer als Abnehmer, d. h. Geschäftspartner einer anderen Wirtschaftsstufe, erfüllt werden, obwohl er hauptsächlich horizontale oder mitbeverbebezogene Handlungen erfassen wird²³⁸).

Da der iEer, zumindest für den Bereich der tatsächlichen Eigenerzeugung - sei es für den Eigen- oder Fremdbedarf -, Wettbewerber der öVU in der El. Erzeugung ist, andererseits die wirtschaftliche Gestaltung der Zus/ResV die Eigenerzeugung bestimmt, dürfte wohl jede wirtschaftlich nicht

sachgemäße Behandlung des iEers durch das öVU den Behinderungstatbestand des § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB erfüllen²³⁹⁾. Der Tatbestand darf dabei jedoch nicht zu weit ausgelegt werden²⁴⁰⁾ und ist nur anzunehmen, wenn eine wirtschaftsfremde Maßnahme mit nicht unerheblicher Wettbewerbsbeschränkung vorliegt²⁴¹⁾, die sich gegen den iEer richtet und ihn daran hindert, seine Leistung vollständig oder teilweise zur Geltung zu bringen, Anm. 242), 243). Hierbei ist insbesondere an die Fälle zu denken, bei welchen durch kostenfremde Gestaltung der Preise und Bedingungen für die Zus/ResV die Rentabilität an sich wirtschaftlich arbeitender Eigenanlagen infrage gestellt wird.

Von unmittelbarer Behinderung ist immer dann zu sprechen, wenn sich das Verhalten des öVU beim Vertragsabschluß oder sonstig direkt gegen den iEer richtet, z. B. wirtschaftlich nicht motivierbares Ablehnen eines Vertragsabschlusses, wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Bedingungen etc.. Eine mittelbare Behinderung liegt in allen anderen Fällen nicht unerheblich wettbewerbsbeschränkender²⁴⁴⁾ und wirtschaftlich nicht gerechtfertigter Maßnahmen vor, z. B. Unterbieten der Angebote des iEers bei dessen Abnehmer, obwohl diese niedrigeren Angebote die Selbstkosten des öVU unterschreiten²⁴⁵⁾ oder sonstige wirtschaftlich nicht gerechtfertigte wettbewerbliche Behinderungen durch einen Dritten.

Unbillig ist die Behinderung nach allgemeiner Ansicht²⁴⁶⁾ dann, wenn unter Abwägung der Interessen der behindernden öVU an der freien Gestaltung der Geschäftsbeziehungen zu den iEern gegenüber den Interessen der behinderten iEer an kostenechter Zus/ResV den letzteren im konkreten Fall unzumutbare²⁴⁷⁾ oder ungerechtfertigte²⁴⁸⁾ Nachteile zugefügt werden. Dieser Begriff der Unbilligkeit ist wesentlich weiter als der der Sittenwidrigkeit der §§ 138 und 826 BGB²⁴⁹⁾ und rein objektiv bestimmt²⁵⁰⁾; es ist weder eine verwerfliche Gesinnung²⁵¹⁾, noch der Zweck der Wettbewerbsbeschränkung²⁵²⁾ erforderlich, ohne daß der Begriff indes abstrakt näher bestimmt werden könnte. Bei der Abwägung der Einzelfälle wird man nicht nur alle für die Zus/ResV erheblichen Gesichtspunkte wie die Anschlußkosten, die Klemmeigenschaften und betrieblichen Verhältnisse des iEers, sondern auch die bei dem öVU zu berücksichtigten haben²⁵³⁾. Auch die im Einzelfall möglicherweise erhebliche Wettbewerbslage zwischen dem öVU und dem iEer darf nicht zu einer kostenfremden und wettbewerbsverzerrenden Auswahl von Abnehmern bzw. Behandlung der iEer führen. § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB soll nicht den Geschäftsverkehr zu wirtschaftlich optimalen Bedingungen zwischen marktschwächeren und beherrschenden Unternehmen

sichern, sondern lediglich die durch die Störung des Marktmacht-Gleichgewichtes ermöglichte unbillige wettbewerbliche Behinderung der schwächeren Unternehmen verhindern.

Zweifelhaft ist es, ob wettbewerbliche Kampfmaßnahmen der öVU gegen die iEEr i. R. der Unbilligkeit der wettbewerblichen Behinderung mitberücksichtigt werden können, ob also das öVU bei der Zus/ResV z. B. wettbewerbskämpferische Maßnahmen gegen die industriellen Eigenanlagen treffen darf, ohne eine unbillige wettbewerbliche Behinderung i. S. des § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB vorzunehmen. Wettbewerbskämpferische Maßnahmen sind zwar als solche allgemein nicht unbillig i. S. des § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB, es sei denn, sie überschreiten unter Berücksichtigung der Marktlage der betreffenden Wettbewerber eindeutig die wettbewerbliche Maßnahme im Wettbewerb befindlicher Marktteilnehmer. Ausgangspunkt für die Frage der unbilligen Behinderung ist die hypothetische Lage bei einem Marktgleichgewicht, d. h. beim hypothetischen Wettbewerb verschiedener El. Lieferanten auf dem Teilmarkt der Zus/ResV der iEEr. Diese erhielten immer dann ein Angebot, wenn und soweit eine entsprechende Versorgung für den Anbieter neben den Kosten einen angemessenen Gewinn einbrächte, weil im Konkurrenzkampf jedes öVU auf zusätzliche gewinnbringende Geschäfte angewiesen wäre. Maßgeblich im Verhältnis zwischen öVU und iEEr wäre, wie bereits erwähnt, nicht der konkurrenz-bekämpfende Wettbewerbs- sondern der Kostenpreis, wenngleich die industriellen Eigenanlagen Konkurrenten der öffentlichen Kraftwerke darstellen. Bei der Prüfung der Unbilligkeit ist ferner zu beachten, daß eine Maßnahme des öVU auf einem der Teilmärkte der GrundV, Zus/ResV, der Industrie-Einspeisung und des El.-Transportes die Rentabilität der Eigenanlage infrage stellen kann.

Steht ein einziges marktbeherrschendes öVU dem iEEr gegenüber, so darf er nicht unter Hinweis auf die Wettbewerbslage zwischen öffentlichem und industriellem Kraftwerk unbillige, d. h. über das o. bezeichnete Verhalten hinaus wettbewerbsbehindernde Maßnahmen ergreifen. Die Ansicht, allgemein sei es dem marktbeherrschenden öVU unzumutbar, durch die Zus/ResV der iEEr die Wettbewerbsstellung der Eigenanlagen auf den übrigen Teilmärkten zu stärken ²⁵⁴⁾, so daß § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB im Verhältnis zwischen öVU und iEEr praktisch überhaupt nicht angewendet werden könnte, ist daher unrichtig. - Im übrigen verbietet das Energierecht dem öVU ein solches Verhalten, so daß die Frage überhaupt nur dann Bedeutung gewinnen kann, wenn § 6 Abs. 2 und 3 EnG i. V. m. der 5. DVO keinen Abschlußzwang begründet.

Es fragt sich nun, wann § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB einen Abschlußzwang der öVU bei den Zus/ResV.-Verträgen mit den iEern zu begründen vermag. Einigkeit besteht darüber, daß der Verstoß gegen diese Vorschrift, welche neben dem Wettbewerb als Institution ²⁵⁵⁾ auch den Zugang der iEer zum Zus/Res. Strommarkt und die wettbewerbliche Chancengleichheit gegenüber anderen iEer schützt ²⁵⁶⁾, eine Schadensersatzpflicht nach § 35 Abs. 1 GWB gegenüber dem einzelnen iEer herbeiführen kann, sofern Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt. Dies wird meist der Fall sein, da die öVU wissen oder bei der gebotenen Sorgfalt wüßten, daß sie iEer in dem üblicherweise ihnen zugänglichen Geschäftsverkehr der Zus/ResV durch Verweigerung des Vertragsabschlusses unbillig behindern können. Bloßer Subsumtionsirrtum ist unbeachtlich ²⁵⁷⁾. Der durch den Verstoß verursachte Schaden ist durch den Vergleich der hypothetischen Lage ohne Verstoß mit der tatsächlichen zu berechnen. Er ist aufgrund des Grundsatzes der primären Naturalrestitution (§ 249 BGB), also durch Vertragsabschluß zu beseitigen.

Wie Contzen ²⁵⁸⁾ zurecht ausführt, stellt die Abschlußpflicht jedoch nicht lediglich eine Art der Naturalrestitution dar, sondern ist auch eine besondere Art der Schadensvorbeugung und der Beseitigung eines bestehenden rechtswidrigen Zustandes in Anlehnung an den quasinegatorischen Unterlassungs- bzw. Beseitigungsanspruch (§ 1004 BGB). Verschulden ist insofern nicht erforderlich.

Besteht nun - regelmäßig nur in Ausnahmefällen - die unbillige Behinderung des iEers gerade in der Verweigerung des Vertragsabschlusses durch das öVU, so kann aufgrund des Grundsatzes der primären Naturalherstellung (§ 249 BGB) ein Anspruch auf Abschluß dieses Vertrages ²⁵⁹⁾ oder direkt auf Leistung ²⁶⁰⁾, - allerdings nur Zug um Zug gegen die entsprechende Gegenleistung -, d. h. Zus/ResV entstehen ²⁶¹⁾. § 26 Abs. 2, 1. Alternative ist aber insofern als das Grundrecht der Vertragsfreiheit einschränkende Norm restriktiv auszulegen ²⁶²⁾ und nur dann anzuwenden, wenn die wettbewerbliche Behinderung unter Abwägung der beiderseitigen Interessen unter keinem wirtschaftlichen Gesichtspunkt tragbar erscheint. Hierbei sind alle Gesichtspunkte, die Anschlußkosten, die Klemmeigenschaften der Zus/ResV, die betrieblichen und persönlichen Verhältnisse der Vertragspartner mit zu berücksichtigen. Verfügt z. B. das öVU nicht über eine für die Zus/ResV eines iEers notwendige Kapazität der Kraft- und/oder Leitungsanlagen, so kann § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB nicht allein mit der Begründung, das öVU könne seine Kapazitäten bzw. seine Verbundleitungen ausbauen, zu einem Kontrahierungszwang führen, es sei denn, es handle sich um völlig unerhebliche bzw. von dem iEer angemessen mitgetragene und in ihrer Am-

sation gesicherte einmalige und laufende Aufwendungen, welche in keinem Verhältnis zum wirtschaftlich erheblichen Interesse des iEERs an der Zus/ResV stehen. Dem öVU muß es grundsätzlich unbenommen bleiben, seinen Markt selbst zu wählen²⁶³); es ist regelmäßig nicht verpflichtet, einen iEER in einem Gebiet zu versorgen, in welchem es bisher noch nicht tätig gewesen ist und dies auch nicht zu tun beabsichtigt. Allerdings wird in Grenzfällen krassen Interessen-Mißverhältnisses auch hier die Vertragsverweigerung gegen § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB verstoßen, wenn etwa keine erheblichen Mehrbelastungen des öVU entstünden, ferner durch den Vertragsabschluß kein Präzedenzfall für eine größere Zahl gleichartiger potentieller Abnehmer geschaffen und die betrieblichen Verhältnisse des iEERs eine öffentliche Zus/ResV aus wirtschaftlichen Gründen dringend erforderlich machen. Will ein öVU seine öffentliche Zus/ResV einschränken, so ist dies zwar grundsätzlich bei der Frage des Abschlußzwanges nach § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB erheblich, aber wegen des fast immer dadurch bedingten Wechsels in der "Zuständigkeit" der öVU für das betreffende V. Gebiet in dieser Fragestellung nicht mehr von Bedeutung. Dasselbe gilt, wenn ein örtlicher Verteiler z. B. grundsätzlich keinen mittel- oder hochgespannten Zus/Res-Strom an Endabnehmer bzw. andere Weiterverteilbar liefert.

bb) Der Versorgungsanspruch nach § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB

§ 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB verbietet marktbeherrschenden Unternehmen, andere Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln (Diskriminierungsverbot i. e. S.). Dieser Vorschrift könnte bei der Zus/ResV eine größere Bedeutung zukommen als der 1. Alternative.

Die Gleichbehandlung verbietet sowohl eine wirtschaftliche Benachteiligung als auch eine Bevorzugung²⁶⁴); Gleiches ist gleich zu behandeln. Fraglich ist, ob auch der 2. Teil des klassischen Gleichheitssatzes des Aristoteles gilt, ob also auch ungleiches ungleich zu behandeln ist. Die herrschende Meinung²⁶⁵) lehnt dies angesichts des Wortlautes des § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB zurecht ab.

Gentz²⁶⁶) meint, die nicht verbotene Gleichbehandlung unterschiedlicher Sachverhalte könnte dazu führen, daß das marktbeherrschende Unternehmen durch die Gestaltung der Preise und sonstigen Vertragsbedingungen entscheidenden Einfluß auf die Art seines Wirtschaftsverkehrs ausüben und da-

mit willkürlich den Geschäftsverkehr bestimmen könnte, so z. B. durch die Gleichbehandlung von Groß- und Einzelhändler, wodurch der Absatz der Waren durch Großhändler für die Einzelhändler den Ruin herbeiführen könnte. Gentz sieht deshalb im Gleichbehandlungsgebot des § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB ein Gebot funktionsgerechter Behandlung von Abnehmern.

Dieser Auslegung kann nicht zugestimmt werden. Sie widerspricht nicht nur dem Wortlaut der Bestimmung, sondern auch dem Grundsatz enger Auslegung grundrechtsbeschränkender Ausnahmeregelungen. Es dürfte auch kaum möglich sein, seitens der Verwaltung oder der Gerichte eine "funktionsgerechte Behandlung" eines beliebigen Marktteilnehmers in der sich ständig ändernden Wirtschaftsform zu bestimmen. Die beherrschenden Unternehmen sollen nur insoweit gebunden sein, als sie gleichartige Unternehmen nicht ohne sachlich gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandeln dürfen. Die ihres Wesens nach dynamische Wirtschaft soll nicht auf bestehende Funktionsaufteilungen festgelegt werden. Wird durch die Gleichbehandlung ungleichartiger Unternehmen ein Marktteilnehmer in seiner Existenz bedroht, so ist nicht § 26 Abs. 2, 2. Alternative, sondern evtl. § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB, § 1 UWG oder die bürgerlich-rechtlichen Ansprüche der §§ 823 und 826 BGB heranzuziehen.

Sofern jedoch ein beherrschendes Unternehmen Verträge über die Zulieferung mit anderen Unternehmen abgeschlossen hat, ist es gehalten, neue Abnehmer zu den nämlichen Preisen und Bedingungen zu versorgen, wenn es sich um einen gleichartigen Vertrag handelt, und kein sachlich gerechtfertigter Grund für eine andersartige Behandlung gegeben ist.

Der unbestimmte Rechtsbegriff der "sachlichen Rechtfertigung", welcher in praxi einen weiten Spielraum zulassen dürfte²⁶⁷⁾, wird an die objektive Würdigung wirtschaftlicher Gegebenheiten und wirtschaftliche Willkür geknüpft²⁶⁸⁾. Eine sachliche Rechtfertigung fehlt, wenn nach den Umständen bei Abwägung der beiderseitigen Interessen²⁶⁹⁾ und schutzwürdigen Belange nach dem objektiven Urteil der gerecht Denkenden die unterschiedliche Behandlung sich als Mißbrauch und damit als Unrecht darstellt²⁷⁰⁾. § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB soll den gleichen Start gleichartiger Bezugsnehmer, die "par conditio concurrentium"²⁷¹⁾ gewährleisten; das Gesetz geht, wie Kracht²⁷²⁾ richtig feststellt, offenbar davon aus, jede sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche Behandlung der Marktgegenseite habe nachteilige Folgen für den Wettbewerb²⁷³⁾.

Notwendig und ausreichend für den Diskriminierungstatbestand sind

2 vergleichbare Handlungen des Diskriminierenden ²⁷⁴⁾, d. h. im hier interessierenden Zusammenhang zwei vergleichbare Vertragsverhältnisse für die Zus/ResV ein und desselben öVU. Hierbei ist wegen des im wettbewerbs-schützenden Zweck der Vorschrift liegenden Leistungsprinzip in der El. Wirtschaft die kostenorientierte Vergleichung in den Vordergrund zu stellen ²⁷⁵⁾. Eine nur annähernd erschöpfende Aufzählung der Gründe für die unterschiedliche Behandlung ist hier nicht möglich. Grundlage sind alle wirtschaftlich erheblichen Umstände, d. h. Anschlußkosten, Klemmeigenschaft der Zus/ResV, die Nebenleistungen wie Baukostenzuschüsse, Blindstromregelungen, etc., die betrieblichen, konjunkturellen und persönlichen Verhältnisse der Abnehmer, der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, die wirtschaftliche Lage auf dem Energiesektor im allgemeinen und der El. Wirtschaft im besonderen, der Verbundgrad des öVU, ferner die vertraglichen Bindungen des öVU gegenüber Dritten ²⁷⁶⁾.

Es ist nun die Frage, ob die beispielhaft genannten, wirtschaftlich mehr oder weniger erheblichen Unterschiede, von denen praktisch immer mehrere - wenn möglicherweise auch nur in geringfügigem Umfang - bestehen dürfen, die Vergleichbarkeit schlechthin ausschließen oder wegen der oft sehr leicht durch Änderungen in den Preisen oder den Bedingungen erreichbaren Ausgleichs in einigen Fällen erhalten bleibt. Problemlos sind die Fälle, in welchen die öVU für die Zus/ResV bestimmte Bedingungen und Preise in Vor- drucken gestaffelt haben und die genannten Unterschiede sich anhand dieser Staffeln errechnen lassen. Die Vergleichbarkeit wird wohl grundsätzlich auch nicht dadurch berührt, daß die Unterschiedlichkeiten zwar nicht anhand einer vom öVU herausgegebenen Tabelle, wohl aber nach allgemeinen wirtschaftlichen Berechnungen mehr oder weniger genau festgestellt werden können. Allerdings ist zu beachten, daß wegen der Kapitalintensität der ElV oft geringe Kostenfaktoren die Rentabilität eines gesamten V. Vertrages infrage stellen können.

Erhebliche Schwierigkeiten bereitet dagegen die Frage der Vergleichbarkeit, d. h. genauer der bezifferten Kompensierbarkeit, wenn etwa die Frage der Erzeugungs- oder Leitungskapazität oder die grundsätzliche Absatzpolitik eines öVU berührt wird. Bei Erschöpfung der Kapazität ist das öVU wohl nicht verpflichtet, die Nachfrage anteilig zu befriedigen, sondern kann den Absatz nach eigenen Überlegungen gestalten ²⁷⁷⁾, sofern hierbei nicht wirtschaftsfremde Erwägungen maßgeblich sind. In diesen Fällen kann unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine sachliche Rechtfertigung für eine Vertragsverweigerung gegeben sein, denn die unternehmerischen und wirtschaftlichen Interessen des ungleich behandelnden öVU stehen nicht hinter

denen auf Gleichbehandlung des iEers zurück ²⁷⁸⁾, selbst wenn dies für den iEer zu Härten führen sollte ²⁷⁹⁾.

Nach einhelliger Ansicht kann auch § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB über § 35 Abs. 1 GWB und § 249 BGB mittelbar einen Anspruch auf Abschluß eines Vertrages begründen ²⁸⁰⁾, obwohl in der Begründung zum Regierungsentwurf dazu keine Stellung genommen worden ist. Auch hier ist der Abschlußzwang sehr zurückhaltend anzuwenden ²⁸¹⁾; das Recht des öVU, in gewissem Umfang die Art und Grenzen seiner el. wirtschaftlichen Tätigkeit zu bestimmen, muß bestehen bleiben ²⁸²⁾. § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB soll lediglich verhindern, daß das beherrschende Unternehmen aufgrund seiner Marktstellung die gleiche wettbewerbliche Leistung unterschiedlich behandelt, obwohl rein wirtschaftliche Gründe dies nicht rechtfertigen und bei bestehendem Gleichgewicht der Marktseiten eine derartige unterschiedliche Behandlung nicht erfolgt wäre.

Der Abschlußzwang wird jedoch immer dann bejaht werden müssen, wenn keine annähernd ausreichende Gründe für die Vertragsverweigerung im Hinblick auf die als Vergleichsgrundlage dienenden Vertragsverhältnisse mit anderen Abnehmern vom insoweit beweispflichtigen ²⁸³⁾ öVU angeführt werden können. Die wirtschaftliche Bedeutung der abweichenden Einzelheiten der verglichenen Vertragsverhältnisse dürfen unter Berücksichtigung der Interessen des öVU und des iEers die Verweigerung des Vertragschlusses wirtschaftlich nicht rechtfertigen. Die Abwägung der Unterschiede verglichener V. Verhältnisse und die entsprechende Kompensation ist jedoch in der Rechtspraxis sehr erschwert, weil eine bis ins einzelne gehende wirtschaftliche Untersuchung hauptsächlich mangels einheitlicher Grundlagen für die Kostenberechnung der rechtlichen Nachprüfung weitgehend entzogen ist.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß § 26 Abs. 2 GWB selbständig neben § 6 Abs. 3 EnG i. V. m. §§ 5 und 6 der 5. DVO einen Kontrahierungszwang bei der Zus/ResV begründen kann, wenn das öVU gegenüber dem iEer zumindest wirtschaftlich marktbeherrschend ist, was meist der Fall ist. Hier begründet § 26 Abs. 2 GWB - insofern mitunter weitergehend als die energierechtlichen Anspruchsgrundlagen - immer dann einen Anspruch, wenn die Verweigerung des Vertragsschlusses den iEer unbillig behindert oder wenn er durch die Weigerung gegenüber anderen wirtschaftlich gleichwertigen Abnehmern von Zus/Res. Strom sachlich, d. h. wirtschaftlich, nicht gerechtfertigt benachteiligt würde. In jedem Fall dürfte jedoch nur in Ausnahmefällen ein Abschlußzwang anzunehmen sein. Neben den

Energierechtlichen Vorschriften hat so das kartellrechtliche Diskriminierungsverbot nur geringe zusätzliche Bedeutung; § 26 Abs. 2 GWB kann jedenfalls nicht in allen Fällen, wo ein Abschlußzwang nach dem Energierecht nicht besteht, einen mittelbaren V. Anspruch der iEer begründen.

b) Die Anspruchsergänzung durch das öffentlich-rechtliche Diskriminierungsverbot bei der hoheitlichen Versorgung

Es sei nun untersucht, ob auch ein hoheitlich versorgendes öVU ebenso wie die privatrechtlich versorgenden in der Abschlußfreiheit über die energierechtlichen Vorschriften hinaus insoweit gebunden ist, daß es einem anderen iEer bei wirtschaftlich vergleichbaren Verhältnissen ebenfalls Zus./Res.-Strom zu liefern hat.

Dem privatrechtlichen Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB dürfte weitgehend das öffentlich-rechtliche Gleichbehandlungsgebot der öffentlichen Verwaltung (Art. 3 GG)²⁸⁴⁾ entsprechen und eine Ergänzung des energierechtlichen V. Anspruchs darstellen, welche aufgrund ihrer verfassungsrechtlichen Grundlage die spezialrechtlichen Grenzen der V. Pflicht materiell erweitert.

Der Gleichheitssatz des Art. 3 GG bindet sowohl den Gesetzgeber als auch die Verwaltung²⁸⁵⁾. Er soll die Gleichheit aller Bürger vor der hoheitlichen Sphäre sicherstellen und kann mithin nicht etwa als Schutzvorschrift volkswirtschaftlich optimaler Marktordnung im hoheitlichen Bereich aufgefaßt werden. Die Gleichbehandlung kann bei einer ihrem Wesen nach wirtschaftlichen Tätigkeit wie der ELV aber nur nach wirtschaftlichen Kriterien gemessen werden. Das öffentlich-rechtlich versorgende öVU muß daher in seinem V. Gebiet iEer bei der Zus./ResV entsprechend den bereits o. genannten wirtschaftlich erheblichen Umständen behandeln. Das Gleichbehandlungsgebot kann also in Ausnahmefällen, welche den zu § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB bereits geschilderten weitgehend entsprechen, eine Abschlußpflicht der öffentlich-rechtlich versorgenden öVU begründen, da jedermann einen gerichtlich durchsetzbaren öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung hat (Art. 19 Abs. 4 GG)²⁸⁶⁾. Diese Bindung der öffentlich-rechtlich versorgenden öVU geht über den Tatbestand des § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB hinaus, da er nicht nur die Ungleichbehandlung gleicher Tatbestände verbietet, sondern auch die künstliche Gleichbehandlung ungleicher Begebenheiten²⁸⁷⁾; er verbietet jede willkürlich begünstigende und benachteiligende Differenzierung²⁸⁸⁾, d. h. negativ jedes Verhalten, das den Gegebenheiten sachlich nicht entspricht²⁸⁹⁾. Das öffentlich-rechtliche Dis-

kriminierungsverbot sichert daher im größeren Maße eine wirtschaftlich gleichwertige, stark kostenorientierte Behandlung vergleichbarer Abnehmer bei gleichwertigen V. Verhältnissen, ohne allerdings das Verbot wettbewerblicher verzerrender oder wettbewerbsbeeinträchtigender, unbilliger Behinderung der iEEr mitzuumfassen.

Im Ergebnis dürfte der öffentlich-rechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz jedoch wegen der komplizierten technischen und wirtschaftlichen Sachverhalte und hohen Kostenempfindlichkeit der Zus/ResV und mangels einheitlicher Berechnungsgrundlagen ebenso wie § 6 Abs. 3 i. V. m. §§ 5 und 6 der 5. DVO und § 26 Abs. 2 GWB in der praktischen Anwendung erhebliche Schwierigkeiten bereiten. Jedes Argument, welches Differenzierungen in der Behandlung vertretbar erscheinen läßt, dürfte den Vorwurf der Willkür zunichte machen²⁹⁰). Dies gilt gerade bei der Frage der Abschlußpflicht.

c) Die Lücken der Pflicht der öVU zur Zusatz- und/oder Reserveversorgung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß eine generelle Abschlußpflicht der öVU gegenüber den iEErn mit den öffentlichen Kraftwerken wirtschaftlich überlegenen Eigenanlagen bei der öffentlichen Zus/ResV fehlt. Der energierechtliche Abschlußzwang setzt allgemein eine nicht näher definierte wirtschaftliche Zumutbarkeit jedes einzelnen Zus/ResV.-Verhältnisses voraus und erfährt in § 6 Abs. 2 EnG und den §§ 5 und 6 der 5. DVO einige Einschränkungen, welche - obzwar ursprünglich als zum Schutze der sicheren und billigen öffentlichen ELV durch die öVU notwendig erachtet - heute der rationellsten Zusammenarbeit zwischen öVU und iEEr eher abträglich sind.

Die sich mittelbar aus den Diskriminierungsverboten des GWB für die privatrechtliche ELV und des öffentlich-rechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes für die hoheitliche ELV ergebende Abschlußpflicht setzt die marktherrschende bzw. Monopolstellung des betreffenden öVU, die wirtschaftliche Vergleichbarkeit der jeweiligen gesamten V. Verhältnisse und die Kompatibilität der regelmäßig vorhandenen Unterschiede in den verglichenen Vertragsverhältnissen voraus. Sie erfaßt deshalb nicht alle energierechtlichen Ausnahmefälle.

Die energie- und allgemeinrechtlichen Bestimmungen sollen zwar die sachlich angemessene Behandlung der iEEr bei der Zus/ResV gewährleisten, schaffen jedoch keinen allgemeinen Abschlußzwang, selbst wenn die öVU

eine monopolistische oder marktbeherrschende Stellung gegenüber den iEern einnehmen sollten.

Die praktische Bedeutung der Vorschriften ist zudem dadurch erheblich gemindert, daß einheitliche Berechnungsgrundlagen für die Feststellung der Rentabilität eines V. Verhältnisses bzw. für die wirtschaftliche Kompensierbarkeit einzelner Unterschiede verglichener Vertragsverhältnisse im EnG und der 5. DVO sowie den allgemeinen Vorschriften fehlen und weder von der Energieaufsichtsbehörde, der Kartellbehörde, der Rechtsprechung und dem Gesetzgeber nachträglich geschaffen worden sind. Vor allem aus diesem Grunde ist die Wirksamkeit der bestehenden Regelungen nicht mit den entsprechenden französischen zu vergleichen.

3. Das versorgungspflichtige Versorgungsunternehmen

Wie wir bereits festgestellt haben, verpflichtet § 6 Abs. 3 EnG sowohl die privatrechtlich als auch die hoheitlich versorgenden öVU.

Im konkreten Fall kann es jedoch sehr schwierig sein, das zur Zus/ResV eines bestimmten iEers verpflichtete öVU anzugeben, insbesondere dann, wenn aus technischen und wirtschaftlichen Gründen mehrere EVU als potentielle Versorger infrage kommen. Versorgungspflichtiges öVU ist gemäß § 6 Abs. 1 EnG für die TarifabnehmerV das zuständige GebietsV-Unternehmen, wie es durch die tatsächliche Versorgung aufgrund des bestehenden Leitungsnetzes und durch die Marktordnungsverträge gekennzeichnet ist. Ein lückenloses V. Gebiet wird dabei nicht gefordert. Als "zuständige" GebietsV-Unternehmen kommen nur diejenigen öVU in Betracht, "die nach ihrer Zweckbestimmung als Energieverteiler an den letzten Verbraucher auftreten" ²⁹¹). Ein Großkraftwerk oder überregionaler Verteiler, dem diese Aufgaben fremd sind, kann nicht zur KleinabnehmerV herangezogen werden. Bei der Zus/ResV der iEer ist häufig, meist aufgrund von Grenzmengenabkommen, nicht der örtliche, sondern der regionale El. Verteiler "zuständig". Der Regionalverteiler ist dann hinsichtlich der ElV von iEern für das entsprechende Gebiet versorgungspflichtig ²⁹²).

Gerade die Hochspannungsabnehmer werden wegen ihrer erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung für die einzelnen öVU regelmäßig zwischen den konkurrierenden öVU aufgrund el. wirtschaftlicher Marktschutzverträge "verteilt". In der Regel macht daher die Feststellung des zuständigen öVU für die Zus/ResV eines bestimmten iEers keine Schwierigkeiten. In Ausnahmefällen, in welchen ein iEer in einem Gebiet als erster Endabnehmer eine Hochspan-

nungsV begehrt und zwischen dem örtlichen und regionalen Verteiler ein derartiger Fall nicht geregelt ist, also die "Zuständigkeit" noch nicht geklärt ist, könnte evtl. die Pflicht sowohl des örtlichen als auch des regionalen Verteilers entfallen oder aber auch bestehen, je nachdem, ob die nachgefragte Zus/ResV einen der beiden oder beiden öVU aufgrund der technischen Verhältnisse wirtschaftlich zumutbar ist oder nicht 293).

b) Das nach § 26 Abs. 2 GWB pflichtige Unternehmen

Auch der ergänzende V. Anspruch aus § 26 Abs. 2 GWB dürfte lediglich das jeweils aufgrund der bestehenden tatsächlichen Verhältnisse und der el. wirtschaftlichen Marktschutzverträge bestimmte "zuständige" öVU verpflichten. Sollten im Ausnahmefall mehrere öVU für die Versorgung infrakommen, ohne daß zwischen ihnen kartellrechtliche Absprachen bestehen, so wird es schon am für § 26 Abs. 2 erforderlichen Tatbestandsmerkmal der marktbeherrschenden Stellung der einzelnen öVU gegenüber dem iEEr fehlen und insofern eine Bindung der Vertragsfreiheit der öVU aufgrund des wettbewerbsrechtlichen Diskriminierungsverbotes entfallen.

c) Das nach dem öffentlich-rechtlichen Gleichbehandlungsgebot pflichtige Unternehmen

Die öVU mit hoheitlicher ElV sind lediglich örtliche El. Verteiler. Ihre V. Pflicht beschränkt sich auf die durch die Satzung bestimmte Versorgung der Gemeindeangehörigen. Aus dieser Satzung, der technischen Ausrüstung des kommunalen Unternehmens und den Marktordnungsverträgen mit anderen öVU ergibt sich regelmäßig, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang es für die Zus/ResV der iEEr innerhalb dieser V. Grenzen zuständig und entsprechend auch verpflichtet ist, wobei die äußere Grenze des V. Gebietes wegen der auf die Gemeindemitglieder beschränkten V. Aufgabe in der Gemeindegrenze gesehen werden muß.

4. Der versorgungsberechtigte industrielle Eigenzeuger

a) Der aufgrund § 6 Abs. 3 EnG berechtigte industrielle Eigenzeuger

aa) Der industrielle Eigenzeuger als Versorgungseinheit

Wie im französischen Recht stellt sich die Frage, für welche V. Anschlüsse des iEErs, der durch die Marktordnungsverträge einem bestimmten

VU zugeteilt ist, die V. Pflicht des § 6 Abs. 3 EnG gilt, ob und inwieweit also getrennt gelegene Betriebsteile, Tochter- oder Muttergesellschaften, Werkwohnungen usw. mit von der V. Einheit "jedermann" i. S. des § 6 Abs. 1 EnG umfaßt wird. Nach Eiser-Riederer ²⁹⁴⁾ kommt lediglich die Gesamtheit der Anschlüsse einer natürlichen oder juristischen Person in Betracht. Anderer Ansicht sind Darge-Melchinger-Rumpf ²⁹⁵⁾ und Berger ²⁹⁶⁾, welche mehr auf eine wirtschaftliche Auslegung i. R. der Zumutbarkeit abstellen. Bei Darge-Melchinger-Rumpf reichen anscheinend alle "Gemeinschaften" ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Berger verlangt lediglich einen gemeinsamen, umfassenden Zweck einer Personenvereinigung, welcher sich nicht in einer branchenfremden Kapitalbeteiligung oder in der Interessengemeinschaft für einen billigen Strombezug erschöpfen darf. Anhaltspunkte für einen derartigen gemeinsamen Zweck ergäben sich z. B. aus anderen Gesetzen, wie das AktG, BetriebsverfassungsgG, Mitbestimmungs- und HoldingsG usw.. Dem ist entgegenzuhalten, daß die V. Einheit sich nur aus dem Sinn und Zweck des § 6 EnG selbst ergeben kann, nicht aber aus den nach völlig anderen rechtspolitischen Zielen geschaffenen wirtschaftlichen Einheiten anderer Vorschriften. Der wesentliche Gesichtspunkt für die V. Einheit "jedermann" ist die Unmittelbarkeit des Energie-Eigenbedarfs, d. h. die Unzulässigkeit der Weiterleitung ²⁹⁷⁾ el. Energie, d. h. die Sicherung eines am rationellsten ausgeführten V. Netzes innerhalb des V. Gebietes, um so eine sichere und vor allem billige El. Verteilung vornehmen zu können, welche Parallelleitungen vermeidet. Dies könnte durch die Schaffung von "V. Inseln" größerer V. Einheiten vereitelt werden. Innerhalb dieser V. Gemeinschaften könnte auch die Sicherheit der Versorgung nicht mehr gewährleistet werden. Andererseits ist das starre Festhalten am Erfordernis der juristischen Einheit ebenfalls nicht immer befriedigend. Es wird wohl im Einzelfall eine Abwägung der gegenseitigen Interessen erforderlich sein, wobei die V. Einheit in der Regel ebenso zu fassen ist wie der Bereich der EigenV ²⁹⁸⁾.

bb) Der industrielle Eigenerzeuger mit Überschuß-Stromabgabe an Dritte

Entscheidend für die Frage nach dem V. Berechtigten i. S. des § 6 Abs. 1 EnG dürfte wie in Abs. 1 die Eigenschaft als Endverbraucher sein ²⁹⁹⁾, was bei den iEer regelmäßig der Fall ist. Es ist allerdings fraglich, ob auch die iEer, welche mangels Synchronisierbarkeit der El. Erzeugung mit dem Eigenverbrauch oder wegen des durch die Hauptproduktion bedingten Anfalls von ungenutzter oder von Restenergien teilweise Überschußstrom erzeugen und an Dritte abgeben, zu diesen Endverbrauchern zu zählen sind, da sie "insofern"

EVU i. S. des § 2 Abs. 2 S. 2 EnG darstellen.

Nach dem Wortlaut des § 1 der 5. DVO und § 2 S. 1 EnG werden lediglich die EVU vom Anspruch aus § 6 Abs. 2 EnG ausgeschlossen, nicht aber die iEER, soweit sie mit ihrer Eigenanlage den Eigenbedarf decken³⁰⁰. Dies ergibt sich eindeutig aus § 2 Abs. 2 S. 2 EnG, wonach die iEER in diesem Bereich nicht als EVU behandelt werden. Soweit die iEER jedoch Dritte mit ihrem Überschußstrom versorgen, können sie nach dem Sinn des § 6 Abs. 1 und 3 EnG keine Zus/ResV vom öVU verlangen, um eine gleichmäßige und sichere Versorgung Dritter durchführen zu können³⁰¹). Im Zeitpunkt des Zus/ResV für den Eigenbedarf darf der iEER deshalb auch keinen eigenerzeugten Strom an Dritte abgeben. Die iEER mit Überschußstrom-Abgabe an Dritte sind iEERn mit Eigenanlagen ohne solche Abgabe aber insoweit gleichzustellen, als sie vom öVU Zus/ResV für den echten Eigenbedarf beanspruchen. Dem entspricht sowohl der Wortlaut des § 1 der 5. DVO als auch die wirtschaftliche Lage. Die Interessenlage gleicht sich insoweit.

Bestehen Zweifel über die Frage, ob und inwieweit ein iEER als EVU anzusehen und entsprechend zu behandeln ist, so entscheidet gemäß § 2 Abs. 2 S. 3 EnG die Energieaufsichtsbehörde.

b) Der nach § 26 Abs. 2 GWB versorgungsberechtigte industrielle Eigenerzeuger

Im Gegensatz zu § 6 Abs. 3 EnG und der 5. DVO kennt § 26 Abs. 2 GWB keine Einschränkungen des Kreises V. Berechtigter. Jeder iEER hat dann und insoweit einen Anspruch auf Zus/ResV, als die Verweigerung der Versorgung durch das jeweilige öVU eine unbillige wettbewerbliche Behinderung und/oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen würde. Es ist hier völlig ohne Belang, ob eine V. Einheit und Eigenerzeuger mit oder ohne Überschußstrom-Abgabe vorliegt oder nicht.

c) Der nach dem öffentlichen Recht berechtigte industrielle Eigenerzeuger

Beruhet der Anspruch auf hoheitlicher Zus/ResV auf § 6 Abs. 3 EnG, gilt weitgehend das bereits o. zu lit. a) Ausgeführte. Wird der Anspruch jedoch mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz begründet, so gilt das zu lit. b) Gesagte, soweit es sich auf das Diskriminierungsverbot i. e. S. bezieht. Der Kreis der V. Berechtigten wird jedoch dadurch wesentlich eingeschränkt, daß die V. Pflicht kommunaler öVU aufgrund ihrer Aufgabe zur GemeindeV auf die Gemeindemitglieder beschränkt ist. Als versorgungsberechtigte iEER kom

nen daher nur die iEer in Betracht, die Betriebe innerhalb des V. Gebietes der jeweiligen kommunalen öVU unterhalten.

II. DIE BEDINGUNGEN UND PREISE DER ZUSATZ- UND RESERVEVERSORGUNG

Bisher wurde nur untersucht, ob und inwieweit die iEer als Eigenanlagenbesitzer überhaupt einen Anspruch auf Zus/ResV gegen öVU geltend machen können. Ein solcher Anspruch ist ohne wirtschaftlichen Wert, wenn er nicht inhaltlich bestimmt ist.

Es gibt jedoch ebenso wenig verbindliche, allgemeine und bis ins einzelne bestimmte Tarife und V. Bedingungen für die Zus/ResV wie eine allgemeine Abschlußpflicht. Es herrscht vielmehr grundsätzlich Tariffreiheit auf diesem el. wirtschaftlichen Markt.

In der Praxis verwendet zwar die Mehrzahl der öVU bei kleineren und mittleren Sonderabnehmern (höchstens 3.000 kW) sog. "Quasi-Normalverträge" ³⁰², welche in den den französischen Tarife ähnelnden Preisbestandteilen weitgehend normiert sind, wobei allerdings neben dem Kosten- auch teilweise das Wertprinzip angewandt wird. Als Preisbestandteile werden in der Regel der Leistungs- und Arbeitspreis, der Preisänderungsfaktor, der Blindstromzuschlag, Sonderzuschläge, Sonderrabatte und Baukostenzuschüsse unterschieden.

Dem Leistungspreis wird meist die jährlich in Anspruch genommene Höchstleistung in kW (Wirkleistung) oder kVA (Scheinleistung) zugrunde gelegt, berechnet aus dem Mittel des größten Durchschnittes von 2 oder 3 Monaten oder eines Monats eines jeweiligen Vierteljahres, wobei als Monats-Höchstleistung die höchste gemessene Leistung während mehr als 15 bis 30 Minuten gilt. Der Arbeitspreis wird meist nach Zonen, Schwach- und Starklastzeiten und verschiedentlich auch nach Jahreszeiten eingeteilt und gestaffelt. Der Preisänderungsfaktor berechnet sich meist nach dem Kohlepreis, in der Regel kombiniert mit einem eindeutig definierten Facharbeiterlohn. Die in den Verträgen vorgesehenen Preisregelungen gelten im allgemeinen unter der Voraussetzung eines Leistungsfaktors $\cos \phi = 0,9$, d. h. die induktive Blindleistung darf während der tariflichen Starklastzeiten höchstens 50 % der gleichzeitig in Anspruch genommenen Wirkleistung betragen. Soweit infolge unzureichend kompensierter Abnahmeanlagen dem öVU Mehraufwendungen entstehen, werden hierfür entsprechende Blindstrom-Zuschläge erhoben, sofern nicht lediglich die kVA gemessen werden. Sonderzu-

schläge werden erhoben, wenn die vertraglich vereinbarte Mindestabnahme unterschritten wird. Häufig werden - wie in den französischen Tarifen - neben den Benutzungsdauerrabatten auch Sonderrabatte auf den Leistungspreis gewährt, wenn sich der Abnehmer zur Ermäßigung (üblicherweise mindestens 30 %) der Leistungsabnahme in Spitzenzeiten verpflichtet. Als Sonderfaktoren treten meist noch die Konzessionsabgaben, die Querverbunds- und Unternehmensstruktur in Erscheinung.

Bei der Zus/ResV größerer iEEr werden mehr oder weniger individuell Verträge geschlossen, wobei jedoch die o. erwähnten Kostenfaktoren ebenfalls zugrunde gelegt werden. Bei den keinem Veröffentlichungszwang unterliegenden, großenteils seit Ende 1965 aus den veröffentlichten Sonderabnehmerstarifen Preisen und Bedingungen bestehen in der BR beträchtliche Unterschiede.

Im folgenden soll nun geprüft werden, in welchem Umfang die Vertragsfreiheit der öVU - abgesehen von etwaiger vertraglicher oder tariflicher Selbstbindung - gegenüber den iEErn hinsichtlich der Festlegung der V. Bedingungen und -Preise eingeschränkt ist.

1. Die Bindung der Preise und Bedingungen nach dem Energierecht

§ 6 Abs. 3 S. 2 EnG besagt, der iEEr könne, sofern dem nicht ein Vertrag aus der Zeit vor Inkrafttreten des EnG entgegensteht, Zus/ResV in dem Ausmaß und zu den Bedingungen verlangen, die dem EVU wirtschaftlich zumutbar sind. Nach dieser Vorschrift ist nicht nur die Frage des Abschlußzwanges als solche, sondern auch die dem iEEr zuzustehenden Mindestbedingungen eines klagbaren V. Anspruchs bestimmt worden^{302a}). Sie müssen ebenso wie die Versorgung als solche dem öVU wirtschaftlich "zumutbar" sein. Hierbei sind unter Bedingungen sowohl die V. Bedingungen als auch die Preise zu verstehen, da die Bestimmung nur so sinnvoll ist.

Die 5. DVO hat den materiellen Inhalt der "wirtschaftlich zumutbaren" Bedingungen und Preise nur geringfügig - und zwar in § 5 - für die ResV erläutert. Danach ist, wie erwähnt, ein von der jährlich abgerufenen Strommenge unabhängiger angemessener Leistungspreis mindestens für die Dauer eines Jahres zu bezahlen und von der Möglichkeit gleichzeitiger Inbetriebnahme sämtlicher an das Leitungsnetz des EVU angeschlossenen Res. - Anschlüsse auszugehen und der normale, im gesamten entsprechenden V. Netz einer Spannungsstufe liefernden öVU vorhandene Ausgleich der Einzelbelastungen zugrunde zu legen. Nach § 7 der 5. DVO i. V. m. § 6 Abs. 2 EnG sind wohl auch wirtschaftlich erhebliche Gründe, welche auch in der Person

es iEers, wie z. B. seine Zuverlässigkeit, mit in den Bedingungen zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der technischen Beschaffenheit, der Betriebssicherheit der Installation von Eigenanlagen und von Energieverbrauchsgeräten hat der Reichswirtschaftsminister zu § 13 EnG in der 2. DVO und zum EnG Bestimmungen (sein technischen Inhalts erlassen ³⁰³).

Da für die Zus/ResV keine allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreise i. S. des § 6 Abs. 1 EnG gelten, ist nach § 11 Abs. 2 der 5. DVO im übrigen von der Vertragsfreiheit auszugehen, soweit die Preise und Bedingungen nicht ungünstiger als die allgemeinen Tarifpreise und Bedingungen sind und die Vertragsfreiheit nicht durch abweichende Anordnungen des Reichswirtschaftsministers aufgrund des EnGs oder von Preisvorschriften eingeschränkt wird ^{303a}).

Die Energieaufsichtsbehörde hat bisher keine derartige Anordnungen getroffen. Dagegen ist noch heute die Vertragsfreiheit der öVU gegenüber den EEern in der Gestaltung der Preise und Bedingungen preisrechtlich eingeschränkt. Bevor nun eine nähere Bestimmung des Begriffes der wirtschaftlichen Zumutbarkeit i. R. des § 6 EnG und der 5. DVO unternommen wird, soll daher zunächst die Auswirkung dieser preisrechtlichen Bestimmungen auf die Vertragsfreiheit der öVU untersucht werden.

a) Die preisrechtliche Bindung der Vertragsfreiheit

Da das EnG eine im Einzelfall konkretisierbare Bestimmung der V. Preise nicht vorgesehen hatte, auch die Gebietskörperschaften i. R. der Konzessionsverträge und Steuerpolitik nicht immer einen mäßigenden Einfluß auf die Preisgestaltung ausübten ³⁰⁴), sondern meist wegen der anteilig berechneten "Konzessionsabgaben" selbst an hohen El. Preisen interessiert waren, und schließlich die Rüstung eine angespannte energiewirtschaftliche Lage herbeiführte, wurde in der Zeit des Nationalsozialismus ein Preisrecht geschaffen, das zum Schutze der Verbraucher Preisauftriebe eindämmen sowie ein "geordnetes" Verhältnis der Preise untereinander gewährleisten sollte ³⁰⁵). Es gilt sowohl für die privatrechtliche als auch für die hoheitliche ElV ³⁰⁶) mit einigen Änderungen auch noch heute. Es enthält eine Genehmigungspflicht für Preiserhöhungen (PreisstoppVO v. 26.11.1936 ³⁰⁷) i. V. m. § 1 Nr. 3 PreissteigergabeAO v. 25.6.1948 ³⁰⁸) oder Abweichungen von den Vorschriften der Tarifordnung für el. Energie ³⁰⁹) und die Befugnis der Preisaufsichtsbehörde zur Festsetzung von Strompreisen. Diese Befugnis besteht für alle Sonderabnehmerpreise weiter ³¹⁰).

§ 1 Abs. 1 der für die Zus/ResV der iEer heute noch geltenden PreisstoppVO hat seit dem Stichtag des 17.10.1936 jede Erhöhung des zu den damaligen tatsächlichen Bedingungen geltenden und bezahlten Preises für Güter und Leistungen jeder Art verboten, wobei nach § 1 Abs. 2 die nachteilige Veränderung von Zahlungs- und Lieferungsbedingungen ebenfalls als Preiserhöhung anzusehen ist. Ob das öVU dabei in anderen Punkten entgegenkommt und sich im Einzelfall sogar eine Verbesserung der Lage für den iEer ergibt, bleibt ohne Bedeutung ³¹¹).

Während der Geltungsdauer der PreisstoppVO kann nur ein Preis nach den "freien" Grundsätzen i. S. des § 11 Abs. 2 der 5. DVO festgelegt werden, wenn sich ein Stoppreis nicht ermitteln läßt ³¹²). Hatte das öVU an dem Stichtag dieser VO anderen iEern bereits Zus/ResStrom geliefert, so muß es preisrechtlich gleichartige oder vergleichbare Lieferungen und Leistungen auch anderen Abnehmern zu gleichen Preisen und Bedingungen gewähren, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es nach der 5. DVO höhere Preise hätte verlangen können ³¹³). Hiervon kann nur im Wege einer preisrechtlichen Ausnahmegenehmigung abgegangen werden ³¹⁴). Der Reichskommissar für Preisbildung und Preisüberwachung vertrat dazu die optimistische Auffassung, "eine Lieferung von Zus/Res.Strom werde nur selten so beschaffen sein, daß sich auch bei ernstlichem Bemühen gleichartige oder vergleichbare Lieferungen aus der Zeit vor dem Erlaß der PreisstoppVO nicht feststellen lassen" ³¹⁵). Diese Vorschriften sind aufgrund des § 1 Nr. 3 der PreisfreigabeAO als Höchstpreisvorschriften beibehalten worden. Läßt sich kein Stoppreis ermitteln, bleibt insoweit die Gestaltungsfreiheit der öVU bestehen.

Nach der Währungsreform hat die allgemeine Tendenz, die freie Marktwirtschaft in alle wirtschaftlichen Bereiche einzuführen ³¹⁶), auch bei der Genehmigungspflicht für Preiserhöhungen in der Energiewirtschaft einige Lockerungen herbeigeführt ³¹⁷). Die PreisVO 18/52 über die Preise für el. Strom, Gas und Wasser v. 26.3.1952 ³¹⁸) gestattet bei Verträgen mit Sonderabnehmern ³¹⁹) d. h. nach § 4 der PreisVO Abnehmer, die nicht zu den AVB beliefert werden, die Vereinbarung von Preisänderungsklauseln bei einer Vertragsdauer von mindestens 6 Monaten, "sofern sie die Preise für el. Strom ... von Änderungen der Kohlepreise oder von Änderungen der Kohlepreise und der Löhne abhängig machen und nicht nur zugunsten einer Vertragspartei wirken" (§ 1 PreisVO). Auch Blindstromklauseln dürfen vereinbart werden (§ 2 PreisVO). Die Einschränkung der Preisänderungsklauseln auf die Kohlepreis- und Lohnbasis wird heute allerdings allgemein kaum beachtet ³²⁰). Entgegen dem Wortlaut des § 1 der PreisVO werden allgemein Preisgleitklauseln zur Korrektur der Ertragslage der öVU im Hinblick auf Änderungen der

Gestehungskosten für zulässig erachtet ³²¹⁾, welche z. B. auch bei Wasserkraftwerken eine Orientierung an den Kohlepreis zuließen ³²²⁾. In § 1 PreisVO kann aber angesichts seines klaren Wortlautes keine allgemeine Währungsicherungsklausel (welche der Genehmigungspflicht des § 3 des Währungssicherungsgesetzes unterfiele), gesehen werden ³²³⁾. Andererseits muß sie aber so ausgelegt und angewandt werden, daß die wirtschaftliche Funktionsfähigkeit der öVU nicht gefährdet wird ³²⁴⁾. Wenngleich sich angesichts der ständig fortschreitenden Rationalisierung der Erzeugung und besseren Ausnutzung der Verteileranlagen eine starke Kostendegression abgezeichnet hat, so wächst andererseits ständig der Kostenanteil der Primärenergieträger und/oder Löhne. Der Lohnkostenanteil muß auch bei den Wasserkraftwerken berücksichtigt werden, ohne daß indes eine Pauschalierung über die Veränderung bei den Kohlepreisen für zulässig angesehen werden dürfte.

Soweit eine Preiserhöhung nicht auf einer derartigen, dem § 1 PreisVO entsprechenden Preisgleitklausel beruht, dürfen also Sonderabnehmer-Preise weiterhin grundsätzlich nicht ohne preisrechtliche Genehmigung erhöht werden. Gemäß § 2 PreisG vom 10. 4. 1948 ³²⁵⁾ bleibt der Preisbehörde zudem bei jeder Preiserhöhung eine Eingriffsmöglichkeit ³²⁶⁾ vorbehalten. Hierbei bedeutet die "Aufrechterhaltung des Preisstandes" i. S. des § 2 PreisG, daß auch die Preise untereinander im richtigen Verhältnis stehen bzw. in das richtige Verhältnis gebracht werden müssen ³²⁷⁾.

Die Preisaufsichtsbehörde wird wohl zur Herabsetzung der Strompreise immer dann berechtigt sein, wenn die bisherige Preishöhe ein im Vergleich zu den sonstigen Preisen "richtiges" Verhältnis gefährdet oder ernsthaft stört, und die Herabsetzung zur Erreichung der richtigen Verhältnisse unerlässlich ist ³²⁸⁾. Hierbei ist immer ein Preisvergleich mit anderen vergleichbaren öVU geraten ³²⁹⁾, wenn auch nicht maßgeblich. Für eine Genehmigung der Preiserhöhung müssen gemäß § 3 PreisstoppVO volkswirtschaftliche Gründe oder besondere Härtefälle vorliegen ³³⁰⁾.

Abgesehen von dieser preisrechtlichen Einschränkung der Preisgestaltungsfreiheit der öVU kann die Energieaufsichtsbehörde nach § 7 EnG jederzeit die Preise für die Zus/ResV der iEEr "wirtschaftlich gestalten".

Das Preisrecht für die Zus/ResV der iEEr bindet also im Ergebnis in gewissem Umfang die Freiheit der Gestaltung von Preisen und Bedingungen solcher öVU, für welche sich noch ein Stopppreis ermitteln läßt. Allerdings ist diese Bindung für Neuabschlüsse von V. Verträgen deshalb ohne große praktische Wirkung, weil ein wirtschaftlicher Vergleich der zur Zeit des Preisstopps bestehenden ähnlichen V. Verhältnisse mit heutigen Verträgen nicht immer

und meist nur in Toleranzbereichen möglich ist, die kostenechte und wirtschaftliche Preisgestaltung gewährleisten können. Zum anderen läßt die weit ausgelegte Preisgleitklausel der Preisgestaltung, auch Preiserhöhungen, großen Raum. Es fehlt jegliche verbindliche Tarifabstufung, welche eine individuelle Nachprüfung der Kosten-Preis-Relation ermöglichte. Bei der Zus/ResV kleinerer und mittlerer iEEr setzen praktisch die öVU meistens die Preise nach eigenem Gutdünken fest. Nur in Ausnahmefällen, meist bei der Zus/ResV bedeutender Industrieunternehmen, sog. "atypischer Sonderabnehmer" ist bis zu einem gewissen Grade eine kostenorientierte Preisbildung gesichert³³¹⁾, sofern die Verhandlungsposition beider Vertragspartner etwa gleich stark ist und auf beiden Seiten um einen möglichst günstigen Vertragsabschluß gekämpft wird.

b) Die Bindung der Vertragsfreiheit bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen im Rahmen der "wirtschaftlichen Zumutbarkeit"

Die neben dem Preisrecht verbleibende "Vertragsfreiheit" i. S. des § 1 Abs. 2 der 5. DVO bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen läßt den öVU nach dem Wortlaut einen erheblichen Spielraum, welcher im Widerspruch zum energierechtlichen Ziel möglichst billiger ELV steht und weder mit el. technischen noch el. wirtschaftlichen Gründen erklärt werden kann.

Dieser Widerspruch kann nur gelöst werden, indem die "Vertragsfreiheit" durch die "wirtschaftliche Zumutbarkeit" i. S. des § 6 Abs. 2 und 3 EnG und der §§ 5 und 6 der 5. DVO eingegrenzt wird. Wie bereits festgestellt sollte die Frage der Anschluß- und V. Pflicht der öVU gegenüber iEErn im wesentlichen in Übereinstimmung mit der bis dahin entwickelten Rechtsprechung über die Grundsätze der Sittenwidrigkeit geregelt werden. Damit ist auch eine Bindung in der Gestaltung der V. Bedingungen und V. Preise eingetreten, weil die Pflicht zum Abschluß eines Vertrages unlösbar mit der Frage nach dem Inhalt der betreffenden Verträge verbunden ist. So sind Darge-Melchinger-Rumpf³³²⁾ der Meinung, nach dem Willen des Gesetzgebers sollen nicht nur die Selbstkosten, sondern auch angemessene Erträge für das festgesetzte Kapital herausgewirtschaftet werden. Wenn der iEEr vom öVU den Abschluß eines dem öVU wirtschaftlich zumutbaren Vertrages verlangen kann, braucht er höhere Preise und ungünstigere Bedingungen als solche, welche dem öVU eine angemessene Verzinsung des investierten Kapitals erlauben, nicht gegen sich gelten zu lassen. Nur eine solche Auslegung der wirtschaftlichen Zumutbarkeit des § 6 Abs. 2 und 3 EnG wird dem Sinn der Vorschrift und der historischen Betrachtung gerecht. Der iEEr brauchte sich nach § 6 Abs. 3 S. 2 EnG nicht irgendwelche Bedingungen und Preise durch das öVU

erschreiben zu lassen, sondern kann von den vielen möglichen die verlangen, welche für ihn (iEEr) die günstigsten sind.

§ 11 Abs. 2 der 5. DVO sollte § 6 Abs. 2 und 3 EnG näher erläutern. Man könnte dabei zwar die Wiederherstellung der vollen Vertragsfreiheit herbeigeführt haben, da die RVON während der nationalsozialistischen Zeit nach ihrer Verfassungswirklichkeit gesetzesändernde Kraft hatten. Eine derartige Auslegung widerspräche jedoch dem offensichtlichen Zweck der 5. DVO, wie er insbesondere im Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 19.2.1941 zum Ausdruck gebracht wurde. Anstatt die kostenorientierte wirtschaftlichste Zusammenarbeit zwischen öVU und iEEr durch Erläuterung der V. Anspruchsgrundlage zu fördern, würde sie eine Verschlechterung der Rechtslage gegenüber der Regelung in § 6 Abs. 3 EnG herbeiführen. Zudem wäre es widersinnig, wenn die 5. DVO in den §§ 5 und 6 die Fälle der wirtschaftlichen Zumutbarkeit als anspruchsbegründendes Tatbestandsmerkmal i. S. einer kostenorientierten Entscheidung präzisierete, andererseits aber den Inhalt dieses Anspruchs in das Belieben der öVU stellte und so dem Anspruch jeglichen wirtschaftlichen Wert entzöge, solange besondere AOn oder das Preisrecht keine Abhilfe schaffen. Die Bindung der Vertragsfreiheit der öVU i. R. der wirtschaftlichen Zumutbarkeit kann sich nicht nur auf die Frage des Abschlußzwanges allein beziehen, sondern auch die wirtschaftliche Zumutbarkeit nur aus dem Inhalt des dem öVU zugesprochenen Vertrages ergeben kann. Für die Gestaltung der Preise und Bedingungen muß dasselbe gelten, wie dies nicht nur in § 6 Abs. 3 EnG ("Er kann Anschluß und Versorgung in dem Ausmaß und zu Bedingungen verlangen ..."), sondern auch in § 5 der 5. DVO ("..., wenn ein fester ... angemessener Leistungspreis ... gezahlt wird ...") zum Ausdruck gekommen ist. Aus dem Sinnzusammenhang kann daher die "Vertragsfreiheit" i. S. des § 11 Abs. 2 der 5. DVO nur in der Weise verstanden werden, daß sie für die öVU/ResV außerhalb des Preisrechtes und besonderer AOn der Energieaufsichtsbehörden jede allgemeine Festlegung auf bestimmte allgemeine V. Bedingungen und Preise i. S. des § 6 Abs. 1 EnG verneint. Die Preise sollten von den öVU von Fall zu Fall bestimmt werden können, wobei sie jedoch auf alle ihnen wirtschaftlich zumutbaren Preise und Bedingungen, welche ihnen die iEEr anbieten, eingehen müssen.

aa) Der Grundsatz angemessener Kapitalverzinsung

Es soll nun versucht werden, die Bindung der Vertragsfreiheit der öVU i. R. der wirtschaftlichen Zumutbarkeit i. S. des EnG und der 5. DVO bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen näher zu bestimmen. Auszugehen ist vom Sinn und Zweck des EnG und der 5. DVO, wie sie auch in der Präam-

bel, der Gesetzesbegründung bzw. dem Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 19.2.1941 zum Ausdruck gebracht worden ist, nämlich die Erfüllung der drei Grundaufgaben der Energiewirtschaft: möglichst wirtschaftlicher Erzeugung, sozialer Verteilung und Sicherstellung der ELV.

Diese Grundforderungen können bei kaufmännischer Führung der öVU nur dann gewährleistet werden, wenn das investierte Grundkapital zumindest angemessen verzinst wird, Andernfalls wäre der Kredit der öVU und damit ihre innere Leistungsfähigkeit infrage gestellt ³³³). Die einhellige Meinung nimmt denn auch an, die Summe der gesamten Einnahmen der öVU und ihre Leistungen müssen in einem angemessenen Verhältnis stehen ³³⁴). Darüber hinausgehende Gewinneinnahmen verbietet der Grundsatz möglichst billiger ELV ³³⁵); der angemessene Gewinn ist Höchst- und Mindestgrenze. Er ist allerdings mangels einheitlicher Grundlagen für die Kostenberechnungen zu z. Zt. für den konkreten Fall sehr schwer zu ermitteln, da nicht nur die Unterlagen meist fehlen, sondern auch keine Einigkeit über die wirtschaftliche Bedeutung einzelner Umstände besteht ³³⁶).

Man begnügt sich bei der Bestimmung des "angemessenen Gewinns" teilweise mit dem Hinweis darauf, es dürfe kein Mißbrauch einer Monopolstellung vorliegen ³³⁷), sondern die Preisbildung, wie sie beim Wettbewerb bestünde ³³⁸). Die Anlehnung an den in praxi kaum bestehenden Wettbewerbspreis dürfte abgesehen davon, daß sie nicht die rationellste Zusammenarbeit gewährleisten kann und auch nicht das soziale Element bei der EL-Verteilung berücksichtigen kann, jedoch noch größere Schwierigkeiten bereiten als die an die Kosten ³³⁹), welche zudem wesentlich mehr geeignet ist, den o. genannten el.rechtlichen Zielen zu dienen.

In der Rechtspraxis wird man mit dem Grundsatz angemessener Verzinsung in jedem Fall z. Zt. nur offensichtliche Mißverhältnisse zwischen V. Leistung und allgemeiner Gestaltung der V. Bedingungen und Preise bekämpfen können. Dies gilt nicht nur für die privatrechtliche, sondern auch für die hoheitliche ELV, welche allerdings meist ohnehin nach dem öffentlich-rechtlichen Kostendeckungsprinzip gemeindlicher Anstalten arbeitet ³⁴⁰.

bb) Die Grundsätze der allgemeinen Tarifierung

Der Grundsatz allein, daß die Gesamteinnahmen den Gesamtkosten zuzüglich angemessener Zinsen entsprechen müssen, bestimmt jedoch die Preise der einzelnen V. Verhältnisse nicht hinreichend. Es ist daher zu prüfen, ob, inwieweit und unter welchen Gesichtspunkten das Energierecht eine bestimmte Tarifabstufung vorschreibt, welche den konkreten, wirtschaftlichen

erheblichen Umständen der einzelnen V. Verhältnisse Rechnung trägt.

Zu dieser Frage nimmt das EnG in § 6 durch die tarifliche Gegenüberstellung von Tarifabnehmern einerseits und Sonderabnehmern andererseits zumindest insofern mittelbar Stellung, als verschiedene Abnehmergruppen unterschieden werden. Danach soll kein Einheitstarif nach Gegenüberstellung der Summe der gesamten Einkünfte mit den Gesamtkosten des jeweiligen öVU aufgestellt werden ³⁴¹⁾. Andererseits fordert das el. rechtliche Postulat sozialer El. Verteilung, die individuelle Kostenlage eines V. Anschlusses solle nicht immer für die Preisgestaltung maßgeblich sein. So sehen die AVB und TOE für die Klein- und Kleinstabnehmer welche nicht vom Gesetzgeber, sondern von der V. Wirtschaft herausgebildet und später für allgemeinverbindlich erklärt wurden, eine nur bedingt kostenorientierte Preistarifizierung vor.

Ballerstedt ³⁴²⁾ sieht darin das formelle Prinzip der Tarifgerechtigkeit, wonach innerhalb eines V. - und Tarifgebietes eine "Verkehrs- und V. Gemeinschaft" aller Glieder ³⁴³⁾ aufgrund des Gleichheitssatzes bestehe. Die V. Bedingungen und Preise eines derartig genormten V. Verhältnisses sind - innerhalb bestimmter Toleranzgrenzen - von der individuellen Kostenlage, auch vom "wechselnden Spiel von Angebot und Nachfrage" und von gelegentlichen Schwankungen auf dem El. Markt unabhängig. Die normative Wirkung dieser "Tarifgerechtigkeit" ergebe sich aus § 6 EnG, wonach jeder Adressat der Tarifierklärung eine gleichheitliche Befriedigung seines Verkehrsinteresses enthält. Allen potentiellen Teilnehmern an dem tarifierten "Dienst der Daseinsvorsorge" sei damit eine "Gemeinschaftsverhältnis" anerkannt ³⁴⁴⁾. Das Prinzip der Gleichbehandlung aller Glieder verbiete jede Preisabstufungen, auch wenn sie aufgrund der Kostenlage beim öVU oder durch die unterschiedliche Wertschätzung des Benutzers gerechtfertigt seien ³⁴⁵⁾.

Für diese Theorie der formellen Tarifgerechtigkeit fehlen im EnG jegliche Anhaltspunkte. Es soll lediglich eine möglichst billige und sichere Erzeugung, aber auch eine soziale Verteilung des el. Stroms sichergestellt werden. Der Grund der Pauschalierungen in den AVB und TOE dürfte in der Unwirtschaftlichkeit der individuellen Kosten-Preis-Berechnung für die einzelnen Klein- und Kleinstabnehmer und in dem aus sozialen Gesichtspunkten herbeigeführten begrenzten Ausgleich der V. Kosten für Kleinabnehmer liegen, welche im Einzelfall kostenechte Preise nicht tragen könnten oder sollen. Dies gilt insbesondere für die Festsetzung der Grund- und Leistungspreistarife der Haushalts-, gewerblichen und landwirtschaftlichen Abnehmer, wo die fixen Kosten zu Lasten der beweglichen Kosten geringer angesetzt

werden, als es den tatsächlichen Kosten entspricht. Dadurch zahlen alle Mehrverbraucher für die Minderverbraucher mit. Ähnliches gilt für die Preisberechnung der Leitungskosten nach der durchschnittlichen Netzlänge zwischen dem öVU und dem einzelnen Verbraucher.

Eine derartige Berechnung von Durchschnittskosten nach sozialen Gesichtspunkten ist jedoch nur im beschränkten Umfang möglich, weil andernfalls die geforderte Wirtschaftlichkeit der ELV wegen ihrer wirtschaftsfremden Preisgestaltung gefährdet würde. Echte Sozialtarife, welche im Einzelfall eine Wirtschaftlichkeitsberechnung unmöglich machen, sind deshalb als mit dem geltenden Energierecht unvereinbar und deshalb als unzulässig zu betrachten³⁴⁶⁾. Unstreitig können die öVU z. B. die Grund- und Tarifsätze in ihrem V. Gebiet nach ihren tatsächlichen Kosten festsetzen, ohne Rücksicht auf diejenigen der benachbarten öVU.

In der El. Wirtschaft³⁴⁷⁾ wird daher der Grundsatz der Tarifgerechtigkeit dahingehend verstanden, daß den jeweilig unter Kostengesichtspunkten zusammenzufassenden Abnehmergruppen nur diejenigen Kosten zugerechnet werden dürfen, die sie tatsächlich verursachen, weil im anderen Fall bestimmte Abnehmergruppen auf Kosten anderer subventioniert und durch diese Preisverzerrung auf dem El. Markt die optimale Nutzung el. Energie und El. Quellen sowie die Marktorientierung gegenüber konkurrierenden Energieträgern beeinträchtigt wird. Die Gesamtheit der nach der jeweiligen Kostensituation abgestuften Tarife und Einzelabmachungen zusammen müssen also einen angemessenen Gewinn der öVU gewährleisten³⁴⁸⁾. Ein interner Gewinn- und Verlustausgleich verschiedener el. wirtschaftlicher Teilmärkte durch das öVU ist unzulässig³⁴⁹⁾.

Für die Preisgestaltung bei der Zus/ResV der iEer besagt dies trotz des § 11 Abs. 2 der 5. DVO, welcher den öVU gegenüber den iEern Vertragsfreiheit einräumt, daß sie nach den o. a. Grundsätzen weder zu Lasten noch zugunsten der übrigen Abnehmer kostenfremde Tarife festsetzen darf, wobei es gleichgültig ist, ob diese unangemessenen Preisgestaltungen aus reinem Gewinnstreben, aus sozialen oder aus wettbewerblichen Gründen erfolgt³⁵⁰⁾. Bei der Zus/ResV der iEer entfällt der Gesichtspunkt der Unwirtschaftlichkeit einer kostenangeneherten Tarifiedifferenzierung wegen des Umfangs der Versorgung weitgehend. Hier sind auch keinerlei soziale Aufgaben zu verfolgen, welche kostenunechte Tarifierungen forderten. Ebensowenig können derartige Tarifierungen mit Wettbewerbsmaßnahmen gegenüber der industriellen Eigenerzeugung gerechtfertigt werden. Wenn Richardt meint³⁵¹⁾, "die Unterlassung der Konkurrenzbekämpfung durch Erschwerung und Verteuerung

des Res./Strom-Bezuges ist dem El. Werk nicht zumutbar", so muß dem widersprochen werden³⁵²⁾. Wie wir bereits in anderem Zusammenhang gesehen haben, kann der Preiswettbewerb zwischen Industrie und öVU nicht die vergiegesetzlich geforderte optimale Wirtschaftlichkeit der El. Wirtschaft sichern und daher i. R. der Preistarifizierung nicht berücksichtigt werden, weil insoweit schädlich sein kann. Die Industrieunternehmen, allseits als "Rohmaterial" im Kuchen des Absatzmarktes der öVU angesehen, können als Abnehmer zwar die Rentabilität der öVU erheblich steigern. Andererseits hat das öVU keinen Anspruch auf die IndustrieV, wie die uneingeschränkte Zulassung von Eigenanlagen zeigt. Das EnG wollte Eigenanlagen da zulassen, wo die Kostenersparnis durch Eigenanlagen noch größer ist als die Rentabilitätsverbesserung der öVU im Falle der VollV der iEEr³⁵³⁾. Die gesamtwirtschaftlich gesehen, kostensparende industrielle Eigenerzeugung könnte durch kostenfremde Preisangebote der öVU infrage gestellt werden. Das öVU darf und soll dagegen durchaus verbrauchsfördernde Tarife unter der Devise "mehr kWh als Vorkriegszeit"³⁵⁴⁾ herausgeben, aber nur in der Weise, daß sie die tatsächliche Kostendeckung erhöhter Benutzungsdauer an den Abnehmer weitergibt.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände kann die wirtschaftliche Zumutbarkeit trotz der in § 11 Abs. 2 der 5. DVO erwähnten Vertragsfreiheit bei der Zus./ResV der iEEr nur bedeuten, daß jeder einzelne iEEr nach kostenorientierter, weitgehend differenzierter Tarifizierung zu Preisen beliefert wird, die den Kosten zuzüglich angemessener Kapitalzinsen entsprechen³⁵⁵⁾ und den Auswirkungen auf die gesamtwirtschaftliche Lage Rechnung tragen³⁵⁶⁾.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß das in der Gesamtheit des Energiewirtschaftsrechts zum Ausdruck gekommene Ziel möglichst sozialer, wirtschaftlicher und sicherer ElV bei der Zus./ResV eine kostenorientierte Tarifizierung verlangt, welche soweit wie dem öVU aus rechnungstechnischen Gründen wirtschaftlich zumutbar differenziert sein muß.

Anders als in Frankreich, wo diese Grundsätze in staatlich festgesetzten Tarifen positiviert wurden, kennt das deutsche Energierecht jedoch keine Vorschrift über die Tariffdifferenzierung. Diese Lücke wird nur teilweise durch die Pflicht zur Übernahme von Differenzierungen vergleichbarer V. Verhältnisse, welche die einzelnen öVU mit anderen Sonderabnehmern eingegangen und für ihn i. R. des Preisrechts verbindlich geworden sind, geschlossen. Der Verbund und die Preisvergleiche zwischen verschiedenen öVU, welche meist zur eigenen Arbeitserleichterung Vertragsvordrucke mit bestimmten Bedingungen, die jedoch nicht als allgemeine Bedingungen und Tarifpreise veröffentlicht worden sind und somit über § 6 EnG keinen Rechtsanspruch der

iEEr begründen, geschaffen haben, sowie der Wettbewerb mit anderen Energieträgern führen jedoch zunehmend zu einer weitgehend kostenorientierten und recht differenzierten Preisgestaltung. Hier sind insbesondere die Tarife der RWE und des Bayernwerkes, welche große Verbundnetze unterhalten, richtungsgebend ³⁵⁷⁾. Sie geben der Rechtspraxis gewisse Anhaltspunkte in dem im übrigen recht unzulänglichen Tarifierungsrecht, welches eine "äußers. verwickelte, uneinheitliche und unsichere Lage geschaffen hat" ³⁵⁸⁾. Fischerhof ³⁵⁹⁾ hat daher zurecht die Notwendigkeit der Einführung von Musterverträgen hingewiesen, wobei er auch auf die Bedeutung der Nebenpflichten wie Anschlußkosten, Übernahme von Versicherungen, etc., aufmerksam machte. Hier könnte die in Frankreich schon seit 10 Jahren bewährte Gestaltung der Bedingungen und Preistarifizierung in dem SN-Lastenheft und dem Lastenheft-Muster für die örtlichen Verteiler wertvolle Anregungen für eine allgemeine Regelung geben.

Es ist jedoch zu beachten, daß das derzeitige Preisrecht und die o. a. Bindung der öVU bei der verbleibenden Gestaltungsfreiheit bezüglich der Preise und Bedingungen nicht die einzigen Sicherungen einer wirtschaftlichen Zus/ResV der Industrie durch die öVU darstellen. Nach § 7 EnG kann die Energieaufsichtsbehörde die Preise "wirtschaftlich gestalten" bzw. gemäß § 8 EnG bei überhöhten Preisen und ungünstigen Bedingungen unabhängig von den bei dem betreffenden öVU entstehenden Kosten ³⁶⁰⁾ das öVU anweisen Rationalisierungsmaßnahmen, etwa die Stilllegung eines unrentablen Kraftwerkes und den Anschluß an eine Verbundschiene, zu ergreifen, oder den Betrieb des öVU sogar ganz oder teilweise untersagen (sog. Abmeierung).

2. Die wettbewerbsrechtlichen ergänzenden Vorschriften

Die energierechtliche Bindung der Vertragsfreiheit der öVU bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen der Zus/ResV erlaubt abstrakt zwar eine sehr weitgehende inhaltliche Bestimmung. Mangels bestimmter Werte und einer allgemeinverbindlichen Berechnungsgrundlage ist ihre Konkretisierung im Einzelfall jedoch sehr erschwert. Anhaltspunkte für die einzelnen Preise und Bedingungen geben lediglich die "Normalverträge", die bis zu einem gewissen Umfang tarifierten Vertragsvordrucke der einzelnen öVU und die bereits abgeschlossenen ähnlichen V. Verträge, soweit diese nach dem Preisrecht als verbindliche Vergleichsgrundlagen herangezogen werden können.

Soweit jedoch preisrechtlich verbindliche Preisvergleiche mit anderen

vom betreffenden öVU abgeschlossenen Verträgen nicht möglich sind, etwa weil vor der Zeit des Preisstopps keine vergleichbaren Verträge abgeschlossen worden waren, könnten allgemeine Vorschriften Bedeutung erlangen.

Zwar werden die allgemeinen Bestimmungen der §§ 138 und 826 BGB³⁶¹⁾ und § 1 UWG wegen des Sonderrechtscharakters des EnG und der 5. DVO nicht herangezogen werden können³⁶²⁾. Ein "auffälliges Mißverhältnis" zwischen V. Leistung und der geforderten Gegenleistung, eine darin zu erblickende vorsätzliche "gegen die guten Sitten verstoßende Schädigung" und unlauterer Wettbewerb könnten aber ohnehin nur Fälle betreffen, welche tatbestandlich die energierechtlichen Vorschriften des § 6 EnG und der 5. DVO i. R. der wirtschaftlichen Zumutbarkeit erfüllen.

Teilweise erlauben aber die durch das Energierecht nicht verdrängten Bestimmungen des GWB eine über die energierechtlichen Vorschriften hinausgehende Bindung der öVU bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen der Zus/ResV der iEer.

a) Die Tatbestände des § 18 GWB

§ 18 GWB ist in der El. Wirtschaft grundsätzlich anwendbar und gemäß § 103 GWB nur insoweit ausgeschlossen, als er sich tatbestandlich mit den Marktordnungsverträgen des § 103 Ziff. 1, 4 GWB deckt.

§ 18 1. Alternative GWB räumt den LKartBn bzw. dem BKartA das Recht ein³⁶³⁾, Verträge, welche durch die in § 18 Ziff. 1 - 4 GWB aufgeführten Bindungen "für andere Unternehmen den Zugang zu einem Markt unbillig beschränken", mit sofortiger Wirkung oder zu einem von ihnen bestimmten Zeitpunkt für unwirksam zu erklären und die Anwendung neuer, gleichartiger Bindungen zu verbieten.

Die Vorschrift schützt nicht die Vertragsbeteiligten wie z. B. §§ 22, 26 Abs. 2 GWB oder die §§ 138, 242, 826 BGB, sondern neben dem Wettbewerb als solchen nur das Individualinteresse dritter Unternehmen³⁶⁴⁾. Sie soll weniger wettbewerbsmindernde absatz- oder bezugssichernde Verträge verbieten als den Marktzugang dritter Unternehmen aller Wirtschaftsstufen sichern. Die Zugangsbeschränkung kann dabei nur nach der jeweiligen Marktsituation beurteilt werden. Hier ist insbesondere auf den potentiellen Bezugs- bzw. Absatzmarkt der iEer in den Grenzen der nach § 103 GWB zulässigen Marktordnung der öVU abzustellen. Wenngleich § 18 GWB kein quantitatives Erfordernis an die Zugangsbeschränkung stellt, so verlangt § 18 S. 2 GWB für die Unbilligkeit der Beschränkung eine wesentliche Einschränkung des

Marktzugangs. Als relevanter Markt genügt meist das V. Gebiet eines öVU, da darüberhinaus aufgrund der Marktordnungsverträge für die iEer ohnehin ein Markt offensteht³⁶⁵⁾. Der Begriff der Unbilligkeit entspricht dem des § 26 Abs. 2 GWB und erfordert i. R. des Institutions- und Individualschutzes eine Abwägung der Interessen der bindenden Unternehmen an den nach § 18 GWB grundsätzlich erlaubten Verträgen und den Interessen der dritten Unternehmen.

Vor allem aufgrund der Einschränkung durch § 103 GWB dürfte § 18, 1. Alternative GWB in der Praxis im Verhältnis zwischen öVU und iEer kaum Bedeutung erlangen. Es ist jedoch denkbar, daß z. B. Verträge zwischen öVU diese verpflichten, den in deren Versorgungsbereich liegenden iEern die Eigenerzeugung von Grundstrom, die Abgabe von Überschußstrom an bestimmte Betriebsteile, den liefernden öVU oder an Dritte in den Lieferverträgen zu untersagen oder die iEer zur ausschließlichen Verwendung von öVU-Strom für bestimmte Verwendungszwecke zu verpflichten.

Die Eingriffsvoraussetzungen des § 18, 2. Alternative GWB, nämlich die wesentliche Wettbewerbsbeeinträchtigung durch die in den Ziff. 1 - 4 GWB aufgeführten Bindungen, sind insofern geringer, als der gesamte Markt, welcher auch hier in die el. wirtschaftlichen Teilmärkte der Grund-, Zusatz- und ResV und der Überschußstrom-Einspeisung aufzuteilen ist, erfaßt wird. Die Anwendung der Vorschrift ist also nicht auf die Auswirkung auf dritte Unternehmen beschränkt. Der umstrittene Begriff des Wettbewerbs ist hier aus der Funktion, die Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer zu verhindern, zu verstehen³⁶⁶⁾. Auch insoweit kann der rechtserhebliche räumliche Bereich des Marktes von öffentlichen und industriellen Strom auf einen örtlichen beschränkt sein³⁶⁷⁾, welcher in den hier interessierenden Fällen meist auf das Verhältnis zwischen "zuständigem" öVU und dem jeweiligen iEer reduziert ist.

§ 18, 2. Alternative GWB ist also auch auf Zus/ResV-Verträge zwischen öVU und iEer anwendbar, welche den iEern verbieten, Überschußstrom an bestimmte Betriebsteile, an das öVU oder an Dritte außerhalb des V. Gebietes des öVU abzugeben, oder welche die iEer verpflichten, für bestimmte Zwecke ausschließlich öVU-Strom zu verwenden, die Eigenerzeugung einzustellen oder einzuschränken. In allen diesen Fällen wird die Freiheit der Verwendung, der Abgabe und des Bezuges anderer Waren eingeschränkt und oder die Verpflichtung zur Abnahme handelsüblich nicht dazugehöriger Waren (GrundV) begründet. Die Vorschrift dürfte für den Parallelverkehr deshalb mehr praktische Bedeutung als § 18, 1. Alternative GWB erlangen,

wenngleich das Erfordernis der "wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs" der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten dürfte ³⁶⁸⁾.

b) Der Tatbestand des Marktmachtmißbrauchs

Auf die Gestaltung der V. Bedingungen und V. Preise kann auch § 22 Abs. 3 GWB Einfluß gewinnen. Aufgrund dieser Bestimmung kann die Kartellbehörde marktbeherrschenden öVU Verträge untersagen und für unwirksam erklären, wenn "diese Unternehmen ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt für diese oder andere Waren oder gewerbliche Leistungen mißbräuchlich ausnutzen".

Der rechtspolitische Sinn dieser Bestimmung liegt in der Beschränkung der Vertragsfreiheit derjenigen Unternehmen, welche die wirtschaftsordnende Funktion des Wettbewerbs gefährden. Bartholomeyczik ³⁶⁹⁾ nimmt eine mißbräuchliche Gestaltung von Geschäftsbedingungen dann an, wenn das beherrschende Unternehmen nicht die Rücksicht auf die übrigen Marktteilnehmer nimmt, die von ihm als Teilnehmer an der sozialen Marktwirtschaft erwartet werden kann ³⁷⁰⁾. Die mißbräuchliche Marktausnutzung betrifft nicht nur den materiellen Gehalt der Bedingungen, sondern auch z. B. Vereinbarungen über die Beweislast, Gerichtsstand, Schiedsverträge, usw. Insoweit hat § 22 Abs. 3 GWB einen größeren Anwendungsbereich als die energierechtliche Bindung über die "wirtschaftliche Zumutbarkeit".

Eine abschließende Aufzählung mißbräuchlicher V. Bedingungen, welche regelmäßig schon nach § 6 Abs. 2 und 3 EnG und der 5. DVO unzulässig sein werden, ist hier nicht möglich. Die technisch wie wirtschaftlich nicht angezeigte Einschaltung eines Zwischenverteilers, kann im Einzelfall ebenso den Tatbestand erfüllen ³⁷¹⁾ wie die Klausel, bei der Versorgung der iEer - wenn auch nur teilweise - den Substitutionswettbewerb mit anderen Energieträgern wie Kohle, Gas, Öl auszuschließen ³⁷²⁾, dem iEer aufzugeben, auf die Erweiterung der Eigenanlagen zu verzichten, die Eigenerzeugung einzuschränken oder aufzugeben oder den iEer zu verpflichten, erhebliche kapazitive Widerstände zur Verbesserung des $\cos \Phi$ - Wertes des gesamten V. Netzes einzubauen, wodurch über die tatsächliche, durch den iEer bewirkte Verschlechterung des Verhältnisses zwischen Wirk- und Blindleitung hinaus auf Kosten des iEers die Wirkleitung des öVU-Netzes verbessert wird. Mißbräuchlich kann auch die Forderung des EVU sein, der iEer habe die Anschlußleitungen zwischen den Anlagen der Vertragspartner vollständig selbst zu tragen, desgleichen etwa erforderliche Verstärkungen von Verbundleitungen des örtlichen öVU mit anderen EVU. Dies gilt insbesondere dann, wenn das öVU bei der weiteren Entwicklung Nutz-

nießer dieser Leitungsverbesserungen ist und auch nachkommende iEer von den durch das erste Industrieunternehmen gelegten Leitungen profitieren, ohne anteilige Kosten übernehmen zu müssen. Mißbräuchlich könnte schließlich die Klausel sein, nach welcher das EVU den Vertrag ohne wichtigen Grund kündigen oder auf einen Zeitpunkt befristen kann, welcher vor der vollständigen Amortisation der vom iEer in Hinblick auf den Vertrag finanzierten Investitionen liegt.

Besondere Erwähnung verdient der Mißbrauch des Koppelungsvertrages bei welchem ein öVU die Zus/ResV von der Abnahme "sachlich oder handelsüblich nicht zugehöriger Waren oder Leistungen abhängig macht" ³⁷³). Da Zus/Res. Strom eine andere Ware als Grundstrom und auch nicht handelsüblich oder sachlich der Zus/ResV "zugehörig" ist, kann ein öVU die Zus/ResV eines iEers nicht von der Abnahme von Grundstrom abhängig machen ³⁷⁴).

Eine konkrete genaue Bestimmung der V. Bedingungen einzelner Zus/ResV. Verträge bereitet bei § 22 GWB allerdings ähnliche Schwierigkeiten wie bei § 6 Abs. 2 und 3 EnG und der 5. DVO.

Auch die Bindung der öVU durch § 22 Abs. 3 GWB bei der Preisgestaltung reicht im Regelfall nicht über die energierechtliche Bindung hinaus. Da sich die neuere Rechtsprechung ³⁷⁵) zur mißbräuchlichen Preisgestaltung bisher aber nicht auf die el. rechtlichen Vorschriften, sondern auf die allgemeinen, insbesondere § 22 und - insoweit, wie bereits dargetan, fälschlich § 104 GWB gestützt hat, sei sie hier kurz dargestellt. In allen Fällen verlangt das öVU trotz fehlender oder doch sehr geringer Eigenleistung vom Sonderabnehmer eine überhaupt nicht bzw. nicht in dieser Höhe gerechtfertigte Gegenleistung. Die Mißbrauchsverfügung des hessischen Ministers für Wirtschaft und Verkehr gegen die Stadt Gelnhausen und die Stadtwerke Gelnhausen z. B. führt zum Mißbrauch ³⁷⁶) aus ³⁷⁷): "Aus der Freistellung von Gebietsabgrenzungen muß zwar gefolgert werden, daß Preisunterschiede zwischen den jeweiligen Monopolgebieten nicht schon an sich mißbräuchlich sind, weil sie in der Regel einer Demarkation nachfolgen und der Gesetzgeber dies offensichtlich in Kauf nehmen wollte" ³⁷⁸). "Ein Mißbrauch liegt (aber) dann vor, wenn entgegen dem dargelegten Sinn der Freistellung unter Festhalten an der Demarkation Preise gefordert werden, die weder durch eigene Marktleistung der Versorgungsunternehmen noch durch Kosten oder Wagnisse gerechtfertigt sind ..." ³⁷⁹). "Zur Klarstellung wird in diesem Zusammenhang bemerkt, daß selbst Kosten keine Rechtfertigung bilden, wenn ein Versorgungsunternehmen nicht in der Lage ist, eine preislich zumutbare Versorgung durchzuführen; es ist nicht Sinn der Freistellung nach § 103 Abs. 1 Nr. 1, eine un

günstige Versorgungslage durch Schaffung von Reservaten für unwirtschaftliche Versorgungsunternehmen aufrecht zuerhalten". In diesen Ausführungen kommt nicht nur der energierechtliche Grundsatz der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung zum Ausdruck, sondern auch das Leistungsprinzip der Wettbewerbswirtschaft. Dies zeigt auch der folgende Satz: "Um den Mißbrauch abzustellen, muß die Stadtwerke X GmbH in ihrer Preisgestaltung gegenüber dem Abnehmer Y von denjenigen Zustand ausgehen, der bestehen würde, wenn ein Gebietsschutz entfiel und der Abnehmer deshalb die Wahl zwischen einem Bezug von der Stadtwerke X GmbH oder von den Kreiswerken X hätte. Sofern die Stadt X und die Stadtwerke X GmbH die Versorgung der Y unter diesen Voraussetzungen nicht weiter durchführen wollen, muß der Mißbrauch dadurch abgestellt werden, daß die Stadt hinsichtlich dieses Abnehmers nicht länger an der Gebietsschutzvereinbarung festhält und ihn zur Versorgung durch die Kreiswerke freigibt". Nach der zutreffenden Ansicht der hessischen Kartellbehörde hat somit ein reines Verteilerunternehmen, welches keine eigene V. Leitungen und sonstige Leistungen für die Zus/ResV der iEer erbringt, keinen nennenswerten Anspruch auf eine Preiserhöhung für die vom Regionalunternehmen gelieferten Energie. Zur Frage des internen Gewinn- und Verlustausgleichs führt das OLG Koblenz aus: "Der Grundsatz der gesunden Durchmischung des Versorgungsgebietes mit Abnehmern verschiedener Art gibt (dem EVU) nicht das Recht, Preisbedingungen festzusetzen, die diese besonderen Abnehmer unverhältnismäßig mehr belasten, als andere Abnehmer oder einen Sonderabnehmer ausschließlich mit den Kosten ihrer Aufwendungen zu belasten, die auf alle Abnehmer in einem angemessenen Verhältnis verteilt werden müßten". Jede Mischkalkulation hebe die Preistransparenz auf, die das EVU auf dem Markt trotz der Gebietsschutzvereinbarung schulde³⁸⁰⁾. Ein interner Gewinn- und Verlustausgleich zur Ermöglichung bewußten kostenfremden Preiswettbewerbs zwischen öVU und iEer ist nach § 22 Abs. 3 GWB ebenso wie nach dem Energierecht unzulässig³⁸¹⁾. Ob allerdings, wie die hessische Kartellbehörde und auch Wessels³⁸²⁾ annehmen, die öVU gemäß § 22 Abs. 3 GWB zur ständigen Rationalisierung gehalten sind, ist sehr zweifelhaft, hier aber deshalb nicht von großer Bedeutung, da die Energieaufsichtsbehörde in diesen Fällen nach § 8 EnG vorgehen kann.

Die Rechtsprechung hat so vollständig die preisrechtlichen Grundsätze des EnG und der 5. DVO bestätigt, wenngleich sie lediglich auf dem GWB beruht. Angesichts einheitlicher Berechnungsgrundlagen und der vielen rechtlich nach dem GWB nur sehr schwer erfaßbaren kosten- und preisbildenden Faktoren fordert die Rechtspraxis jedoch allgemein ein "ganz eindeutiges"

Überschreiten des angemessenen Verhältnisses zwischen Kosten und Preisen ³⁸³). Auch insofern besteht kein Unterschied zur Anwendung des § 6 Abs. 2 und 3 EnG i. V. m. der 5. DVO bei der Konkretisierung der Preise, da hier die nämlichen Schwierigkeiten bestehen.

c) Der Diskriminierungstatbestand

§ 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB, der Tatbestand der unbilligen Behinderung, dürfte ebensowenig wie § 22 Abs. 3 GWB eine über die energierechtlichen Vorschriften hinausgehende Bedeutung erlangen; auch hier muß eine wirtschaftsfremde und nach Abwägung der gegenüberstehenden Interessen ungerechtfertigten und dem iEEr unzumutbaren Gestaltung der V. Bedingungen und Preise mit nicht unerheblicher Wettbewerbsbeschränkung bezüglich der Eigenanlage des iEErs vorliegen, ohne daß ein hypothetischer Marktpreis oder die Preise und Bedingungen anderer vergleichbarer Verträge des betreffenden öVU als Maßstäbe genommen werden könnten ³⁸⁴). Auch hier ist somit wegen der o. genannten Schwierigkeiten ³⁸⁵) lediglich die Beseitigung größter Härten möglich.

Etwas anderes könnte für § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB gelten, da unmittelbar an die konkreten Bedingungen der entsprechenden Verträge angeknüpft werden kann. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB bei der Frage des Abschlußzwanges verwiesen werden. Hier treten jedoch die Schwierigkeiten der Kompensierbarkeit der regelmäßigen vorhandenen Unterschiede der verglichenen Verträge auf, etwa das Problem der innerbetrieblichen Feststellung der Herstellungs- und Vertriebskosten, die Nachweisbarkeit im Verfahren, die Bewertung von Marktveränderungen. Es wird deshalb nicht immer eine der energierechtlichen Bestimmung der V. Bedingungen und Preise überlegene Konkretisierung der Preise und Bedingungen ermöglicht.

3. Die öffentlich-rechtlichen Ergänzungen

Die speziellen energierechtlichen Bindungen bei der Gestaltung der V. Bedingungen und Preise werden auch bei der hoheitlichen ElV - und zwar durch allgemeine öffentlich-rechtliche Bindungen der leistungsgewährenden Verwaltung, insbesondere bei Leistungen von Kommunalanstalten - ähnlich wie bei der privatrechtlichen ElV ergänzt oder materiell-rechtlich - ähnlich wie durch § 26 Abs. 2 GWB bei der privatrechtlich durchgeführten ElV - teilweise geändert. Diese Bindungen ergeben sich aus dem bereits erwähnten

Gleichbehandlungsgrundsatz, dem Kostendeckungsprinzip und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Die beiden letzten Grundsätze sind hauptsächlich in der Eingriffsverwaltung entwickelt worden.

Während heute die Äquivalenztheorie aus verfassungsrechtlichen Normen, insbesondere Art. 20 Abs. 3 GG ³⁸⁶⁾ abzuleiten ist und als höherrangiges Recht zur Ergänzung und teilweisen Revision der energierechtlichen Sonderregeln für die hoheitliche EIV herangezogen werden kann, beruht das Kostendeckungsprinzip lediglich auf landesrechtlichen - und zwar meist auf Gebühren - Gesetzen, wo dieser Grundsatz oft nur als Sollvorschrift aufgenommen worden ist. Da das Energierecht insoweit jedoch keine positivierte Bindung der kommunalen Betreiber von Versorgungsanstalten kennt, unterliegt die jeweilige, regelmäßig durch Satzung festgelegte Gebührenordnung der hoheitlich versorgenden öVU diesem Grundsatz also dann, wenn es vom Gebührengesetz des betreffenden Landes vorgeschrieben ist ³⁸⁷⁾. Eine allgemeine Ableitung dieses Prinzips aus dem Wesen der Gebühr hat das BVerwG jedenfalls abgelehnt ³⁸⁸⁾. Dennoch stellt sich die Frage, ob das Kostendeckungsprinzip für gemeindliche Anstalten nicht ein allgemeines verwaltungsrechtliches Institut darstellt, zumal es auch dort, wo es nicht ausdrücklich positiviert ist, anerkannt wird. Dem steht nicht entgegen, daß es nicht notwendig die alleinige Bemessungsgrundlage für das Entgelt ist, welches z. B. auch nach dem Wert der Leistung für den Abnehmer ³⁸⁹⁾ und dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit berechnet werden könnte.

a) Das Kostendeckungsprinzip

Sofern die Preise und die V.Bedingungen für die Zus/ResV als "Benutzungsgebühren" dem Kostendeckungsprinzip unterliegen, sind sie so zu bemessen, daß die jeweiligen Leistungs-, Verwaltungs- und Unterhaltungskosten des öVU einschließlich der Ausgaben für die Verzinsung und Tilgung des durch die Beiträge nicht aufgebrachten Kapitals gedeckt werden ³⁹⁰⁾. Zwar gebietet dieser Grundsatz keine Kalkulation bis auf den "letzten Pfennig". Von einer Verletzung dieses Prinzips kann nicht schon dann gesprochen werden, wenn in einem Einzelfall eine Gebühr die Aufwendung für die besonderen Leistungen, für die sie gefordert wird, übersteigt; die Gesamtheit der Gebühren für besondere Leistungen bestimmter Art muß die Gesamtheit der Aufwendungen für diese besonderen Leistungen - nicht nur zufällig - übersteigen ³⁹¹⁾. Der Grundsatz verbietet daher eine kommunale Politik übermäßiger Gewinnerzielung, z. B. zur Deckung anderer öffentlicher Ausgaben, und

sei es auch nur auf einem el. wirtschaftlichen Teilmarkt für den internen Gewinn- und Verlustausgleich.

Der Kostendeckungsgrundsatz kann daher bei der Betrachtung einzelner V. Bedingungen und Preise nur dann Bedeutung gewinnen, wenn sie völlig kostenentfremdet sind. Im übrigen kann das Prinzip lediglich im Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Äquivalenzprinzip zusammen eine nähere rechtliche Bindung der hoheitlich versorgenden öVU bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen für die Zus/ResV der iEEr herbeiführen.

Für die nähere Konkretisierung der Bindung der öVU bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen bei der hoheitlichen Zus/ResV der iEEr hat das Kostendeckungsprinzip somit nur sehr geringe Bedeutung.

b) Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Bei der Festlegung der Bedingungen und Preise einzelner Verträge mit iEErn ist ferner das Prinzip der Verhältnismäßigkeit ³⁹²⁾, d. h. hier der nach sachgerechten Erfahrungsmaßstäben kostenangemessenen Gestaltung der Preise und Bedingungen, heranzuziehen. Dies gilt nicht nur für die Bestimmung der festen und veränderlichen Kosten, sondern auch für die Höhe der Zuschüsse für die Anschlußkosten etc.. Auch dieser Grundsatz verpflichtet grundsätzlich zwar "nicht dazu, die Gebühr stets nach dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in jedem Einzelfall zu bemessen. Es genügt, wenn auf das im Regelfall eintretende wahrscheinliche Leistungsverhältnis abgestellt wird" ³⁹³⁾. Bei den Sonderabnehmerverträgen dürfte er jedoch eine weitgehend den Kosten und sonstigen Verhältnissen angepaßten Vertragsbedingungen und Preise gebieten. Er entspricht so in etwa den energierechtlichen Vorschriften und dem Mißbrauchsverbot des § 22 Abs. 3 Ziff. 1 GWB, dürfte also wie dieser neben dem Energierecht kaum von praktischer Bedeutung sein.

c) Der Gleichbehandlungsgrundsatz

Eine dem § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB sehr ähnelnde Funktion übernimmt in diesem Zusammenhang, wie bereits festgestellt wurde, das öffentlich-rechtliche Gleichbehandlungsgebot ³⁹⁴⁾. Diese öffentlich-rechtliche Bindung geht noch weiter als das Diskriminierungsverbot des GWB, wie sie wie die Prinzipien der Kostendeckung und der Verhältnismäßigkeit keine Monopol- bzw. marktbeherrschende Stellung des öVU voraus-

setzt. Diese Einschränkung der Gestaltungsfreiheit besteht auch - ebenso wie die energie- und kartellrechtliche - unabhängig von der Konkurrenzlage zwischen den Kraftanlagen des öVU und des iEErs, da nur die Kostenverursachung erheblich ist ³⁹⁵). Schließlich gebietet der Grundsatz der Gleichbehandlung die Ungleichbehandlung ungleicher Tatbestände.

Trotz des weitreichenden Tatbestandes des Gleichbehandlungsgrundsatzes hat die Norm z. Zt. in dem betrachteten Bereich aus den bereits bei der Behandlung des privatrechtlichen Diskriminierungsverbotes angegebenen Gründen keine große praktische Bedeutung.

C. DER ABSCHLUSSZWANG BEIM KAUF UND TRANSPORT VON INDUSTRIESTROM DURCH DIE ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN

Bei der industriellen Eigenerzeugung treten nicht nur V. Lücken auf, welche durch die Zus/ResV der öVU gesichert werden müssen. Die Betriebe abfälle und anfallenden Wasser- und Überschußenergien bei Produktionsprozessen können zeitweise oder gar ständig den industriellen Eigenbedarf am Erzeugungsort überschreiten.

Der Absatzmarkt für diesen industriellen Überschußstrom ist sehr eng, da die Konzessionsverträge der Gemeinden mit den GebietsV. Unternehmen eine direkte Belieferung dritter Verbraucher durch die iEer in den einzelnen V. Gebieten verhindern, soweit die Nutzung öffentlicher Wege erforderlich ist. Der iEer könnte nur Abnehmer beliefern, welche über private Grundstücke erreichbar sind. Weigern sich die Eigentümer, eine derartige Nutzung zu gestatten, dürfte nur in Ausnahmefällen eine Enteignung möglich sein. Abgesehen davon, ist dem iEer diese DrittV meist durch eine entsprechende Klausel im Zus/ResV. Vertrag mit dem öVU nicht möglich. Zudem vermag, sofern es sich nicht um eine der individuellen Verbrauchskurve einigermaßen angepaßte, gesicherte Bandleistung der industriellen Kraftanlage handelt, nur der öffentliche, weit verzweigte Verbund optimalen Nutzen aus dem Industriestrom zu ziehen, da hier der Ausgleich der Leistungsschwankungen eine Veredelung ungesicherter Leistung bewirkt. Der Verbund der iEer mit dem öffentlichen Netz erlaubt ferner die Ausnutzung meist bestehender El. Leitungen zwischen iEer und öVU für den El. Transport an örtlich getrennte Betriebsteile des iEer oder an sonstige Abnehmer. Wie bei der Zus/ResV kann eine echte kostenorientierte Wahl zwischen industrieller Eigenerzeugung und öffentlicher El. Erzeugung und damit die optimale Produktivität der gesamten El. Wirtschaft aber nur dann erreicht werden, wenn rein wirtschaftliche Gesichtspunkte in diesem Parallelverkehrsbereich maßgeblich sind.

Es soll nun untersucht werden, ob und inwieweit dem iEer rechtliche Mittel zum besonders wirtschaftlichen "Transport" des Überschußstroms zu örtlich getrennt liegenden Betriebsteilen oder Dritten über öffentliche Leitungen bzw. zum Verkauf der Energie an die öVU in der Hand hat, ob und inwieweit die Vertragsfreiheit der öVU hier einer Bindung unterliegt.

I. DIE BINDUNG DER ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN BEIM KAUF UND TRANSPORT VON INDUSTRIELLEM ÜBERSCHUSSTROM

1. Die energierechtliche Vertragsfreiheit und die Elektrizitätswirtschaftliche Praxis

Das westdeutsche Energierecht kennt keine besonderen Regelungen für den Kauf und Transport von Industriestrom durch die öVU. Das EnG hat trotz der damaligen allgemein üblichen planwirtschaftlichen Eingriffe und Wettbewerbsfeindlichkeit diesen Parallelverkehrsbereich der el. wirtschaftlichen Entwicklung offen gelassen. Der Grund mag in den damaligen Verhältnissen zu suchen sein. Die Aufnahme von Industriestrom in das öffentliche Netz war bei der weitgehend insularen ELV von wesentlich geringerer Bedeutung und geringerem wirtschaftlichen Wert als heute, da das öVU in seinem örtlich abgeschlossenen V. Gebiet mitunter für diese Einspeisung - vor allem in Schwachlastzeiten oder bei nur teilweise garantierter oder ungesicherter Leistung - keine Verwendungsmöglichkeit hatte. Zudem waren die besonders wirtschaftlichen Industrieanlagen und die Verbundtechnik noch nicht soweit entwickelt, als daß der Gesetzgeber die wirtschaftliche Bedeutung der Zusammenarbeit hätte klar erkennen können. Er sah in der Eigenerzeugung eher eine Einbuße der Wirtschaftlichkeit der öVU und in der Industriestrom-Einspeisung und dem Industriestromtransport ein Ausufern des privaten Gewinnstrebens zum Nachteil der öVU als Träger eines Dienstes an der Allgemeinheit.

Heute, 30 Jahre nach dem Inkrafttreten des EnG, nach einem bedeutenden Wandel in der Technik und Struktur der El. Wirtschaft ist die wirtschaftliche Aufgabe der industriellen Eigenerzeugung in der El. Wirtschaft nicht nur von der Öffentlichkeit und der Industrie, sondern auch seitens der öVU anerkannt³⁹⁷). Der Gesetzgeber hat diesen Wandlungen keine Rechnung getragen.

Noch heute ist also die wirtschaftliche Zusammenarbeit der öVU und der iEEr auf diesen el. wirtschaftlichen Teilmärkten in das Belieben der Beteiligten - regelmäßig in das des marktstärkeren, also fast immer der öVU - gestellt. Allerdings könnte die Energieaufsichtsbehörde theoretisch bei der "Freigabe" von Bauvorhaben nach § 4 EnG und bei etwaigen Genehmigungen nach § 5 EnG Auflagen vorsehen, daß das jeweilige öVU industriellen Überschußstrom zu kaufen oder die dafür notwendigen technischen Voraussetzun-

gen zu schaffen ³⁹⁸⁾.

Die öVU haben jedoch z. T. ihre Haltung gegenüber den iEer geändert, nachdem sie erkannten, daß eine Zusammenarbeit auch für sie wirtschaftliche Vorteile bringen kann. So ist heute zu beobachten, daß größere betriebswirtschaftlich geleitete öVU durchaus eine freundliche Einstellung zu den iEern eingenommen haben ³⁹⁹⁾, insbesondere dann, wenn es sich um Zechenkraftwerke und größere Gegendruckanlagen handelt. So hat z. B. der Steinkohlebergbau durch seinen Vertreter, dem el. wirtschaftlichen Gemeinschaftsunternehmen STEAG 1950 und 1951 mit der RWE und der Vereinigten El. Werke Westfalen AG (VEW) bis zum Jahre 1980 unkündbare Stromlieferungsverträge abgeschlossen, worin sich beide öVU zum teilweisen Verzicht auf die Errichtung eigener Steinkohlekraftwerke verpflichteten, um einen Anteil ihres jährlichen Strombedarfszuwachses vom Steinkohlebergbau zu beziehen. Die öVU übernehmen ferner für den Steinkohlebergbau gegen Entrichtung eines Durchleitungsentgeltes und einer Vergütung für Verluste den Transport el. Energie über ihr Hochspannungsnetz und ermöglichen ihm damit, unter Verzicht auf ein bergbaueigenes Verbundnetz, den Verbundbetrieb zwischen den einzelnen Bergbaugesellschaften und deren Betrieben. Diese Zusammenschaltung aller beteiligten Bergwerksgesellschaften ⁴⁰⁰⁾ ermöglicht den Verbundbetrieb aller angeschlossenen Kraftwerke mit den bekannten technischen und wirtschaftlichen Vorteilen, insbesondere für die Reservehaltung, die Nutzung der am billigsten arbeitenden Kraftwerke für die Grundlast.

Handelt es sich dagegen um die weitaus zahlreicheren kleineren El. Anlagen der Wärme-Kraft-Kupplung, welche häufig nur teilweise garantierte oder ungesicherte Leistung geringer Höhe abgeben können, ist die Einstellung der öVU sehr unterschiedlich, ohne daß dies allein mit wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt werden könnte. ⁴⁰¹⁾ Dies kommt nicht nur beim Abschluß eines Kaufvertrages als solchen, sondern auch in den unterschiedlichen Preisen und Bedingungen der einzelnen öVU zum Ausdruck.

Ebenso uneinheitlich ist das Bild bei der Einspeisung von Überschußstrom aus industrie eigenen Kleinwasserkraftwerken ⁴⁰²⁾. Während sie in Württemberg in Hunderten von Fällen schon seit Jahren zur Zufriedenheit aller Beteiligten durchgeführt wird ⁴⁰³⁾ und so nicht nur den öVU zu billigerem Strom, sondern auch dem dortigen Gewerbe und der Kleinindustrie zu einer besseren Rentabilität und Verbesserung der technischen Qualität des Eigenstroms verhelfen konnte, ist in Bayern eine beiderseitig befriedigende Übereinstimmung der öVU mit den Besitzern von Kleinwasserkraftwerken trotz

jahrelangen Auseinandersetzungen nicht erzielt worden. Um den kleinen und mittleren Betrieben mit Laufwasserkraftwerken ihre Rentabilität oder gar Existenz sichern zu helfen, hat der Bayerische Wirtschaftsminister durch Anordnung Nr. By 2/52 v. 20.3.1952 zur Regelung des Strompreises für Kleinkraftwerke ⁴⁰⁴⁾ bestimmte Arbeitspreise und Leistungspreise für sog. Betriebsgemeinschaften festgesetzt, welche die öVU den Mitgliedern der jeweiligen Gemeinschaften für den eingespeisten Strom aus Kleinwasserkraftwerken mit einer Leistung von maximal 500 kW installierter Generatorenleistung zu zahlen haben. Diese AO begründet keine Abschlußpflicht. Unter Betriebsgemeinschaften sind nach § 1 Abs. 2 dieser AO der freiwillige Zusammenschluß mehrerer dieser Werke, die ihren Strom ganz oder zu mindestens 70 % in das Netz der öffentlichen bayerischen StromV liefern, zu verstehen, wobei für jeden öVU-Bezirk nur eine Betriebsgemeinschaft anerkannt wird. Für die einzelnen Betriebsgemeinschaften haben die jeweiligen öVU Musterverträge herausgegeben, welche der besonderen Genehmigung der Aufsichtsbehörde (Bezirksverwaltung) unterliegen. Die Gegenüberstellung und Auswertung dieser Musterverträge hat ergeben, daß im Hinblick auf die AO teilweise zwar günstigere Voraussetzungen geschaffen werden konnten, daß aber weder bei den Preisen noch den Bedingungen eine Einheitlichkeit herbeigeführt werden konnte, obwohl diese ein wesentliches Ziel der AO war ^{405) 406)}.

Allgemein ist festzustellen, daß das gegenwärtige Verhältnis zwischen öVU und iEern bezüglich der Einspeisung von Industriestrom in das öffentliche Netz sehr unterschiedlich ist und nicht immer den wirtschaftlichen Optimum entspricht. Eine Entwicklung zur besseren Zusammenarbeit ist jedoch unverkennbar.

Auch für den Transport von Industriestrom durch das öffentliche Netz lassen sich neben dem o. genannten Beispiel der Zusammenarbeit zwischen STEAG und RWE und VEW viele andere Beispiele nennen. 1959 hat z. B. ein Teil der westdeutschen Montanindustrie Verträge mit öVU über die Belieferung von Industriebetrieben durch ihre Eigenanlagen über das öffentliche Netz abgeschlossen, wobei jeweils ein Vertrag über die Stromlieferung und Strom-einspeisung geschlossen wurde. ⁴⁰⁷⁾ Dennoch wird gerade hinsichtlich des Stromtransportes, insbesondere bei geringeren Leistungen, sehr häufig ein Vertrag seitens der öVU abgelehnt oder zu für die Industrie unannehmbaren Bedingungen und Preisen angeboten. Auch hier ist mitunter noch ein gewisser Kastengeist ⁴⁰⁸⁾ und eine wirtschaftlich falsch verstandene Konkurrenz-bekämpfung einiger öVU gegenüber den iEern zu spüren. Bisweilen verweigern die öVU die Übernahme bzw. den Transport von Industriestrom jedoch nicht aus diesen Gründen, sondern deshalb, weil sie die wirtschaftlichen Vor-

teile der Zusammenarbeit mit der Industrie, d. h. den Bezug billigeren Stroms und die bessere Ausnutzung vorhandener Leitungen im Einzelfall nicht erkennen. Kleinste Kostendifferenzen können aber wegen des Umfangs der meist langjährigen El. Geschäfte Millionenbeträge ergeben ⁴⁰⁹).

Um die größten Unbilligkeiten bei der Zusammenarbeit zwischen öVU und iEer mit besonders wirtschaftlichen Eigenanlagen zu vermeiden, ist die Energieaufsichtsbehörde mitunter vermittelnd tätig geworden ⁴¹⁰). Im übrigen haben die Dachverbände, die VDEW und die VIK, am 29.6.1959 eine Vereinbarung über die Bildung von Gütestellen zur Übernahme freier Leistung aus Gegendruck-Eigenanlagen der Industrie getroffen. Darin heißt es u. a.:

"Um eine die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigende Zusammenarbeit bei der Übernahme freier Leistung aus Gegendruck-Betrieb in die Netze der EVU zu fördern, vereinbaren VDEW und VIK, ihren Mitgliedern für den Abschluß neuer Verträge folgendes zu empfehlen:

1. Falls sich EVU und Besitzer solcher Eigenanlagen über die Bedingungen für eine Zusammenarbeit nicht einigen können, sollen sie eine von Fall zu Fall zu bildende Gütestelle anrufen.
2. Die Gütestellen setzen sich aus je einer von den beiden Parteien zu benennenden sachkundigen Persönlichkeit (Sachkenner) zusammen, die nicht den beteiligten Unternehmen angehören dürfen.

.....

5. Die Gütestelle hat den Parteien eine ihr angemessen erscheinende Regelung der bestehenden Meinungsverschiedenheiten vorzuschlagen. Sind nach Ansicht der Sachkenner zur Regelung dieser Meinungsverschiedenheiten auch behördliche Entscheidungen (z. B. nach §§ 4, 5 und 11 EnergG) erforderlich, so sind diese in dem Vorschlag aufzuführen.

..... "

In dem Begleitschreiben an die Mitglieder beider Verbände heißt es dazu:

"... Zweck dieser Zusammenarbeit soll es sein, ohne Inanspruchnahme behördlicher Stellen einen Ausgleich von Meinungsverschiedenheiten herbeizuführen und so auf unmittelbare Weise einem

sinnvollen Verbundbetrieb zu dienen.

Durch die Vereinbarungen bleiben selbstverständlich die Bestimmungen des EnergG, insbesondere auch § 5 Abs. 2 über die Unterrichtung des zuständigen EVU vor Errichtung oder Erweiterung einer Eigenanlage, unberührt.

.....".

Diese Vereinbarung für den begrenzten Bereich der Gegendruckanlagen, welche als ein erfolgversprechender Anfang einer allgemeinen sachlichen Behandlung der Zusammenarbeit der öVU und iEEr erscheinen könnte, ist bisher nicht praktisch bedeutsam geworden, da eine Güteverhandlung weder von einem öVU noch einem iEEr angeregt worden ist. Ob die Möglichkeit der Anrufung dieser Gütestelle allerdings auf die seit dieser Zeit geführten Verhandlungen zwischen iEErn und öVU eingewirkt hat, kann nicht ausgeschlossen, sondern im Gegenteil vermutet werden, da Präzedenzfälle offenbar auf beiden Seiten scheitern werden.

Der gegenwärtige Stand der El. Wirtschaft, insbesondere der großräumige Verbund und die wirtschaftlichen Verhältnisse der öVU und iEEr, wirft die Frage auf, ob der dargestellte allgemeine el. rechtliche Grundsatz, i. R. wirtschaftlicher Zumutbarkeit alles zu tun, um eine möglichst sichere und billige öffentliche ELV zu gewährleisten, die öVU nicht verpflichtet, dann Industriestrom aufzunehmen, wenn es ihnen von wirtschaftlichem Nutzen ist. Diese Frage muß verneint werden. Die veränderte el. wirtschaftliche Situation hat nicht das EnG geändert, welches den öVU bei der Beschaffung ihrer Energie bewußt völlige Freiheit gelassen hat und i. R. des § 8 EnG nur die Fähigkeit, die "Versorgungsaufgaben" wahrzunehmen, schützt. Wenn auch der Sinn und Zweck des EnG die möglichst sichere und billige ELV ist, so können nicht konkrete, das Grundrecht der Vertragsfreiheit erheblich einschränkende Pflichten allein mit den Zielen eines Gesetzes, welches sich eindeutig nicht auf diesen Bereich des Parallelverkehrs erstrecken wollte, begründet werden. Nur in Ausnahmefällen könnte die Energieaufsichtsbehörde i. R. des § 8 EnG die Industriestromeinspeisung verfügen.

2. Die Bindung der Abschlußfreiheit nach allgemeinem Recht

Die energierechtlichen Vorschriften haben bezüglich der Industriestromeinspeisung keine Vertragsfreiheit statuiert, sondern lediglich auf eine besondere Regelung verzichtet. Sie haben somit zu dieser Frage keine negative Entscheidung getroffen. Aus diesem Grund können und müssen bei der Prüfung,

ob und inwieweit die öVU hier in ihrer Abschlußfreiheit gegenüber den iEE eingeschränkt sind, die allgemeinen Vorschriften herangezogen werden, soweit diese nicht den Zielen des EnG und den allgemeinen energierechtlichen Grundsätzen widersprechen.

Als solche allgemeinen Rechtsquellen kommen hier nur § 26 Abs. 2 GWB, § 1 UWG, § 826 BGB⁴¹¹⁾ und möglicherweise die Lehre vom Kontrahierungszwang des Monopolisten in Betracht. Sie alle setzen, wie noch gezeigt werden wird, eine Monopol-, zumindest aber eine marktbeherrschende Stellung der öVU gegenüber den iEE voraus. In allen Fällen, wo dies nicht der Fall ist, entfällt also schon aus diesem Grunde jegliche Bindung der Abschlußfreiheit der öVU.

a) Die Bindung der Abschlußfreiheit nach § 26 Abs. 2 GWB

Der auf § 26 Abs. 2 GWB beruhende mittelbare Anspruch auf Vertragsabschluß setzt zumindest eine marktbeherrschende Stellung der öVU bezüglich des Kaufs und des Transportes von Industriestrom voraus, wobei sich der Marktbereich auf alle wirtschaftlich interessanten Absatz- und Transportmöglichkeiten für den Strom des jeweiligen iEEs bezieht. Hierzu rechnen nicht nur die industrieeigenen Verwendungs- bzw. Transportmöglichkeiten sondern auch alle potentiellen Käufer und Weiterleiter, Marktbeherrschung ist dann gegeben, wenn zumindest wirtschaftlich ein einzelner Käufer und/oder Weiterleiter wesentliche Vorteile bieten kann, so daß alle übrigen Verwendungs- und Transportmöglichkeiten wirtschaftlich gesehen, keine Substitution mehr darstellen und deshalb kein wesentlicher Wettbewerb (§ 22 Abs. 2 GWB) gegenüber diesem Käufer bzw. Weiterleiter besteht. Nach unserem wirtschaftlichen und wettbewerblichen Ausgangspunkt wird regelmäßig eine marktbeherrschende Stellung des zuständigen öVU sowohl bei der Aufnahme als auch bei dem Transport industriellen Stroms bestehen. In den Fällen jedoch, wo die industrieeigene Verwendung bzw. der industrieeigene Transport des Überschußstroms gegenüber einem (kostenechten)⁴¹²⁾ Kauf- bzw. Transportangebot des zuständigen öVU wirtschaftlich keine beträchtlichen Nachteile mit sich bringt oder rechtlich und tatsächlich mehrere öV oder sonstige Abnehmer im wesentlichen gleichwertige Angebote für den Kauf bzw. Transport des Industriestroms abgeben - was allerdings wegen der el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträge i. S. des § 103 GWB praktisch kaum der Fall sein wird -, fehlt es an der "marktbeherrschenden" Stellung des öVU (allerdings regelmäßig auch am Bedürfnis einer Bindung der Abschlußfreiheit der öVU). Hat jedoch das zuständige öVU aufgrund von Marktordnungsverträgen oder entsprechenden Klauseln im Zus./ResV. Vertrag mit

dem betreffenden iEEr die marktbeherrschende Stellung und verweigert er den Kauf bzw. Transport des Industriestroms, so könnte das Berufen des öVU auf die Marktordnungsverträge bzw. Klauseln im V. Vertrag rechtsmißbräuchlich sein, wenn der iEEr seinen Strom an Dritte zu ähnlichen Bedingungen wie sie das zuständige öVU bieten könnte, verkauft bzw. von ihnen transportieren läßt. Die Durchführung der Marktordnungsverträge i. S. des § 103 Abs. 1 GWB verhinderte hier gerade den Zweck der Ausnahmebestimmung. Das Nichtberufen auf diese Verträge könnte zudem dem zuständigen öVU nicht schaden, weil er selbst das fragliche El. Geschäft abgelehnt hat. In diesen Fällen ist also schon die marktbeherrschende Stellung des zuständigen öVU aufgrund privatrechtlicher Verträge durch die Mißbrauchsschranke des § 104 Abs. 1 Ziff. 1 und § 22 Abs. 3 Ziff. 2, aber auch durch § 18 GWB eingeengt. Allerdings wird ein Mißbrauch solange nicht vorliegen, als die Aufnahme der vom iEEr angebotenen Energie unter Berücksichtigung ihrer Qualität, Quantität und Lieferdauer und den wirtschaftlichen und konjunkturellen Verhältnissen des iEErs dem öVU technisch und wirtschaftlich nicht zumutbar, d. h. preislich nicht günstiger als die entsprechenden eigenen Differenzkosten ist. Soweit nach allem eine marktbeherrschende Stellung des zuständigen öVU in dem hier interessierenden Parallelverkehrsbereich besteht, ist zu prüfen, ob auch die marktbeherrschende Stellung des öVU als Nachfrager bei der Aufnahme des Industriestroms von § 26 Abs. 2 GWB erfaßt wird. "Anderes Unternehmen" i. S. dieser Vorschrift ist jeder iEEr, welcher durch eine sachlich nicht gerechtfertigte unterschiedliche bzw. unbillig behindernde Behandlung wettbewerblich benachteiligt werden kann. Nach h. M. ⁴¹³) können daher nicht nur Mitbewerber und Nachfrager, sondern auch Lieferanten hierunter fallen. Deshalb verpflichtet § 26 Abs. 2 GWB auch marktbeherrschende Nachfrager, d. h. hier marktbeherrschende öVU bei der Überschußstrom-Aufnahme ⁴¹⁴).

"Geschäftsverkehr" i. S. des § 26 Abs. 2 GWB umfaßt sowohl den Kauf als auch den Transport el. Energie, wobei dahinstehen kann, ob der Transport als Warenaustausch oder als eine sonstige gewerbliche Leistung angesehen wird. Auch die Teilnahme an einem Verbundkartell kann Gegenstand einer gewerblichen Leistung sein ⁴¹⁵).

Die "Gleichartigkeit" von El. Lieferanten der öVU und Nachfragern von El. Transportleistungen ist nach den bereits genannten Kriterien der technisch und wirtschaftlich erheblichen "Klemmeigenschaften", der Vertragsdauer, Anschlußkosten, betrieblichen und konjunkturellen Verhältnissen der Unternehmen etc. zu bemessen. "Gleichartig" können insofern überregionale, regionale und örtliche Verteiler, öffentliche Kraftwerke und iEEr

sein.

Besondere Bedeutung für die Frage der "Gleichartigkeit" dürften wegen der el. wirtschaftlichen Sicherheitsanforderungen und der durch die Kapitalintensität bedingten langjährigen Vertragsdauer die finanzielle und konjunkturelle Lage der Anbieter und Transportnachfrager, ferner die Qualität des angebotenen bzw. zu "transportierenden" Stroms, insbesondere die Unterscheidung zwischen garantierter, pro- und diagrammierter sowie ungesicherter Leistung haben, weil diese Energieeigenschaften jeweils eine andere Ausrüstung des aufnehmenden öVU erfordern.

Wird z. B. nur garantierte Leistung bezogen, so ist i. R. des öVU-Bedarfs ein weiterer Verbund für den El. Bezieher nicht notwendig, wenn von Reserve- und Zusatzlieferungen abgesehen wird. Das öVU kann auf einen Lastverteiler, umfangreiche Verwaltungsarbeit und Verbundleitungen verzichten.

Bezieht das öVU pro- und diagrammierte Leistung, kann es nur im geringen Umfang eigene Leistung oder anderweitigen El. Bezug ersparen; es muß entweder über eigene Kraftwerke oder aber über weitere El. Lieferanten verfügen, weil ihm anders über einen längeren Zeitraum keine gesicherte ELV möglich wäre. Es muß ferner öfter zwischen den verschiedenen Kraftwerken umschalten, was mit Kosten verbunden ist. Das öVU muß daher wesentlich besser ausgerüstet sein als der Bezieher gesicherter Leistung.

Nimmt ein öVU ungesicherte Leistung in sein Netz auf, so erhöht sich der Aufwand weiterhin. Es muß grundsätzlich über eine Leistung verfügen können, die ausreichte, seinen el. wirtschaftlichen Aufgaben auch dann nachzukommen, wenn die ungesicherte Leistung ausfällt. Sie ermöglicht nur das anderweitige Leistungsvorhalten, wenn sich - was wirtschaftlich nicht möglich - die Leistungsabgabe der teurer arbeitenden Kraftwerke praktisch fristlos dieser ungesicherten Lieferung anpassen läßt, oder wenn ein dichter und umfangreicher und deshalb kostspieliger Verbund zwischen zahlreichen Energiequellen mit ungesicherter Leistung einen ständigen Leistungsausgleich bewirkt und so die ungesicherte Leistung etwa zur Hälfte in garantierte Leistung veredelt. In jedem Fall ist der Anschluß des öVU an einen leistungsfähigen Verbund mit einer gut ausgebildeten Lastverteilung erforderlich.

Wegen der erheblichen Unterschiede in der erforderlichen Ausrüstung der öVU können daher die Qualitätsunterschiede des dem öVU angebotenen Stroms die "Gleichartigkeit" verschiedener El. Lieferanten, insbesondere bei IEErn, ausschließen, sofern das öVU aufgrund seiner Anlagen nicht in der

Lage ist, Strom jeder Qualität nutzbringend zu verwenden.

Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob und inwieweit die Einspeisung und der Transport von Industriestrom in bzw. durch das öffentliche Netz den iEErn "üblicherweise zugänglich" ist. Ruzek ⁴¹⁶⁾ lehnt die Anwendbarkeit des § 26 Abs. 2 GWB auf die Abnehmer von Industriestrom allgemein mit der Begründung ab, diese sei nicht "üblich". Der Wettbewerb zwischen den El. Anbietern und die wirtschaftliche Handlungsfreiheit müßten erhalten bleiben. Fischerhof ⁴¹⁷⁾, welcher lediglich die Reservestellung zwischen verschiedenen öVU kurz streift, hält die "Üblichkeit" des Geschäftsverkehrs zwischen diesen öVU offensichtlich nur für die Fälle für gegeben, wo ein einzelnes öVU derartige Verträge in einer Reihe von Fällen abgeschlossen hat.

Beiden ist entgegenzuhalten, daß es sich nicht um einen bei den einzelnen öVU "üblichen" Geschäftsverkehr, sondern einem gleichartigen Unternehmen "üblicherweise zugänglichen" handeln muß, d. h. nach unserer Erläuterung, daß er unter Berücksichtigung der brancheneigenen Besonderheiten als wirtschaftlich sachangemessen erscheint und gegen kein gesetzliches Verbot verstößt. Es kommt also gerade nicht darauf an, ob und inwieweit ein einzelnes öVU derartige Verträge bereits abgeschlossen hat, wenn nur die Verträge branchenangemessen sind.

In der westdeutschen El. Wirtschaft kaufen und transportieren öVU aller Stufen el. Energie. Seit dem Bestehen dieses Wirtschaftszweiges hat er sich von der insularen zur Verbundwirtschaft entwickelt, welche heute fast alle Unternehmen einschließlich der kommunalen öVU umfaßt. Es soll gerade durch vollständige Ausnutzung der am billigsten arbeitenden Kraftwerke und gegenseitige Zus/ResV eine möglichst billige ElV ermöglichen. Ohne diesen Verbund wäre die El. Wirtschaft heute nicht mehr in der Lage, den an sie gestellten Anforderungen zu genügen. Es kann daher wohl nicht bestritten werden, daß El. Lieferungen zwischen El. Erzeugern und Verteilern "üblicherweise" den El. Erzeugern zugänglich sind. Dasselbe gilt für den El. Transport, welcher nichts anderes ist als eine mittelbare El. Lieferung über das Netz des zwischen dem El. Lieferanten und dem El. Abnehmer gelegenen öVU. Derartige "Transporte" werden heute, wie bereits erwähnt, nicht nur auf nationaler, sondern auch auf internationaler Ebene über mehrere Zwischentransporteure durchgeführt. In diesen Verbund wurden auch iEEr einbezogen, insbesondere dann, wenn ihre el. wirtschaftliche Betätigung leistungsfähiger war als die der öffentlichen Kraftwerke. Es bestehen auch keine Verbandsregeln der VDEW, welche einen Geschäftsverkehr der öVU

mit iEern, welche Überschußstrom abgeben oder transportieren lassen, bekämpfen. Es bleibt dem einzelnen öVU überlassen, ob und mit wem es Verträge über den El. Bezug und El. Transport abschließt, wobei als potentielle Vertragspartner grundsätzlich auch die iEer infrage kommen. Ein grundsätzlicher Unterschied zwischen öVU und iEer ist insoweit nicht erkenntlich. Die Einspeisung und der Transport von Industriestrom in bzw. durch das öffentliche Netz stellt daher einen den iEern "üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehr" dar, und zwar unabhängig davon, ob und inwieweit im konkreten Fall ein öVU Industriestrom kauft oder transportiert. Es ist auch unerheblich, ob das betreffende öVU mehrere Industrieunternehmen an sein Netz angeschlossen hat oder nicht. Dem steht nicht entgegen, daß die Einspeisung und der Transport nur in einigen Fällen wirtschaftlich ist. Dieser Umstand dürfte lediglich bei der Subsumtion des Tatbestandes unter dem Gesichtspunkt der unbilligen Behinderung bzw. der sachlich ungerechtfertigten Andersbehandlung rechtserheblich sein.

aa) Die Bindung nach § 26 Abs. 2, 1. Alternative

Der Behinderungstatbestand liegt, wie bereits festgestellt wurde, dann vor, wenn der iEer nicht durch die wirtschaftlichen Leistungen des behindernden öVU auf dem Markt verdrängt wird, sondern durch wettbewerbsfremde Mittel, so z. B. wenn ein öVU die El. Lieferungen eines iEers durch Verzögern des Leitungsanschlusses oder Fordern kostspieliger Anschlußanlagen, welche es von anderen Lieferanten bei vergleichbaren Bedingungen nicht verlangt hat, erschwert oder unrentabel macht. Auch die Fälle, in denen das öVU die Res/ZusV besonders hoch berechnet, so daß der iEer aus wirtschaftlichen Gründen auf eine Eigenanlage völlig verzichtet, obwohl dies nach der Kostenlage nicht gerechtfertigt ist, sind hier zuzurechnen⁴¹⁸⁾. Der schwerste Fall der Behinderung ist der absolute Ausschluß des iEers aus dem Kreis der potentiellen El. Lieferanten ohne jeden sachlichen Grund.

Die Frage, wann ein Verhalten eines öVU gegenüber einem iEer bezüglich der Aufnahme oder dem Transport von Überschußstrom unbillig ist, kann ebensowenig abstrakt bestimmt werden, wie dies bei der Zus/ResV möglich war. Bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen wird man nur solche Umstände des konkreten Einzelfalls als erheblich ansehen können, welche bei einem für die jeweilige Zeitspanne vorgesehenen Parallelverkehr von wirtschaftlicher Bedeutung sind, d. h. nicht nur die Klemmeigenschaften und die technische Ausrüstung, sondern auch die finanziellen und mutmaßlichen zukünftigen Verhältnisse des iEers. Die Unbilligkeit darf nur in Bezug auf die Behinderungstatbestand geprüft werden, d. h. soweit er sich auf die Behinder-

zung des iEers beim Abschluß des Vertrages bzw. bei der Vertragsverweigerung durch das öVU auswirkt. Dabei sind auch die Belange und Wünsche der Abnehmer des jeweiligen öVU zu berücksichtigen ⁴¹⁹⁾. Das öVU kann z. B. auch ein teureres Lieferungsangebot eines anderen Unternehmens dem billigeren des iEers vorziehen, wenn die Industriestrom-Lieferung trotz des günstigeren Preises mangels Sicherheit von geringerem Wert ist.

Wie bei der Zus/ResV stellt sich auch die Frage, ob bei der Prüfung der "Unbilligkeit" der Wettbewerb zwischen den öffentlichen und industriellen Kraftwerken berücksichtigt werden muß. Hier ist die Fragestellung insofern anders als bei der Untersuchung dieses Tatbestandsmerkmals bei der Zus/ResV, als der Überschußstrom hier auch im Bereich der öffentlichen ELV unmittelbar Konkurrent des Stroms aus öffentlichen Kraftwerken ist.

Die einhellige Meinung ⁴²⁰⁾ nimmt an, daß ein Konkurrent von einem Kartell oder einer Vereinigung, einem Verband eines Wirtschaftszweiges dann nicht ausgeschlossen werden darf, wenn die Mitgliedschaft praktisch Voraussetzung der wirtschaftlichen Betätigung darstellt. Die Anwendung dieses Erkenntnis auf unsere Fälle bereitet jedoch Schwierigkeiten. Wenn auch oft der Anschluß des iEers an die öffentliche Verbundschiene, welche häufig von einem el. wirtschaftlichen Kartell betrieben wird, praktisch die Voraussetzung der el. wirtschaftlichen Betätigung des iEers ist, so könnte andererseits entgegengehalten werden, die el. wirtschaftliche Betätigung sei lediglich eine Nebentätigkeit der Industrie und erfasse nicht seine gesamte wirtschaftliche Existenz; ein Ausschluß sei hier nicht so gravierend. Dies mag wohl für viele iEer zutreffen. Gerade für die besonders wichtigen Kohlebergwerke, aber auch für kleine und mittlere Betriebe mit Laufwasserkraftwerken ist die el. wirtschaftliche Betätigung jedoch existenznotwendig geworden. Im übrigen ist aber auch hier die wettbewerbswirtschaftliche Situation insofern eine besondere, als die Teilnahme der iEer am öffentlichen Verbund für das el. wirtschaftliche Kartell wirtschaftlich vorteilhaft ist, weil dadurch billigere - nur solche steht hier in Rede - el. Energie eingespeist wird. Auch wenn der Industriestrom lediglich in das öffentliche Netz eines einzelnen öVU eingespeist wird, ist dies für das betreffende öVU vorteilhaft, wenn der vom iEer verlangte Preis niedriger ist als die Differenzkosten für eine entsprechende El. Menge aus dem öVU-eigenen oder dritten Kraftwerken. Die öVU würden daher bei einem Wettbewerb untereinander von dieser vorteilhaften Möglichkeit der Nutzung billigen Überschußstroms Gebrauch machen. Von dieser hypothetischen Lage muß bei der Beurteilung der unbilligen Behinderung ausgegangen werden. Auch bei der Interessenabwägung muß dies zugunsten der iEer mitberücksichtigt werden, weshalb im Ergeb-

nis wettbewerbliche Behinderung i. S. des § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB vorliegen wird.

Ein Anspruch nach § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB auf Aufnahme bzw. Transport von Industriestrom durch das öVU kann nur in Ausnahmefällen, wo die Ablehnung den iEEr unbillig behindert, gegeben sein. Die in jedem Einzelfall erforderliche Interessenabwägung kann hier nur beispielsweise gezeigt werden.

Ein großer iEEr, etwa eine Zeche, verfügt über erheblichen Überschußstrom, ohne ihn mangels Nachfrage in der näheren Umgebung absetzen zu können. Die örtlichen öVU und die etwaigen sonstigen iEEr beziehen bzw. liefern ihren Strom in eine große überregionale Verbundschiene, welche durch ein Kartell oder eine Vereinigung der angeschlossenen öVU betrieben wird. Der iEEr el. Energie kann wie alle anderen El. Erzeuger in seiner näheren Umgebung nur über diese Verbundleitung Überschußstrom absetzen. Sofern über diese noch Absatzmärkte für den Industriestrom erschlossen werden könnten, wäre es nun unbillig, den iEEr vom Verbund auszuschließen, sofern seine Anlagen nach technischen Daten und Sicherheitsvorkehrungen sowie in den Liefereigenschaften den übrigen öVU entsprechen und diesen keinerlei Schäden entstehen oder drohen, wenn der iEEr seine Anlagen parallel schaltet.

Ähnlich liegt der Fall, wenn das zuständige öVU als alleiniger Abnehmer des Industriestroms infrage kommt, welcher ebenfalls entweder im eigenen V. Gebiet oder aber über den Verbund el. Energie noch aufnehmen kann, insbesondere dann, wenn der Industriestrom aufgrund seiner Klemmeigenschaften und seines Preises günstiger ist als zumindest ein entsprechender Teil der bisher vom öVU erzeugten oder anderweitig bezogenen Energie. In einem solchen Fall könnte die Abnahme von Industriestrom bzw. der "Transport" dieser Energie für das öVU keinen wirtschaftlichen Schaden bringen, insbesondere dann, wenn die bisherige Energiebezugsquelle auch im übrigen dem Industriestrom-Bezug nicht überlegen war. Auf der anderen Seite würde die Verweigerung eines Geschäftsabschlusses dem iEEr evtl. erheblichen Schaden zufügen, möglicherweise sogar die Rentabilität seines Gesamtbetriebes infrage stellen. Bei einem derartigen klaren Mißverhältnis der gegenseitigen Interessen, wobei, wie im ersten Fall noch die Interessen der Abnehmer des öVU bzw. allgemeine el. wirtschaftliche Gesichtspunkte auf Seiten des iEEr zu berücksichtigen sind, dürfte eine Verweigerung des Vertragsabschlusses durch das infrage stehende öVU ebenfalls unbillig sein.

Solche klaren Fälle dürften jedoch in der Praxis sehr selten Gegenstand

nes Streites werden, da die offensichtlichen wirtschaftlichen Vorteile für beide Parteien häufig ohne längere Vorverhandlungen zu einem beiderseits befriedigenden Vertragsabschluß führen. Hier spiegeln allerdings mitunter die einzelnen Vertragsbedingungen und Preise das Machtverhältnis der beteiligten Unternehmen wieder.

Schwierigkeiten bereiten dagegen jene Fälle, in denen das Mißverhältnis zwischen den Interessen des öVU und des iEErs weniger deutlich ist. Dies gilt insbesondere für die Einspeisung minderwertiger Energie, welche meist nur im öffentlichen Verbund wirtschaftlich veredelt werden kann. Wegen der geringen Leistungersparnis und den relativ hohen Festkosten für die Netz- und Lastverteileranlagen kann der iEEr nur ein geringes Entgelt erwarten, sofern die technische Ausrüstung des öVU überhaupt eine nutzbringende Verwendung des Überschußstroms zuläßt.

Will der iEEr seine Überschußenergie nur über die Leitungen des öVU transportieren lassen, so treten jedenfalls dann dieselben Probleme auf, wenn der iEEr lediglich ungesicherte oder nicht garantierte Leistung einspeist, dagegen für den Adressaten des Transportes eine gesicherte VollIV von dem öVU verlangt. - Soll dem Adressaten dagegen lediglich ein Strom mit den gleichen Eigenschaften geliefert werden, wie die vom iEEr eingespeiste, so sind vom öVU laufend Änderungen, je nach den Leistungsschwankungen des Industriestroms, in der EIV des Adressaten vorzunehmen, welche exakt gar nicht durchgeführt werden können und so eine gewisse Leistungsreserve des öVU voraussetzen, welche bei der Frage des Vertragsabschlusses ebenfalls berücksichtigt werden muß.

In allen Fällen, in denen die gegenseitigen Interessen nicht in einem deutlich wahrnehmbaren Mißverhältnis stehen, wird man wegen des grundrechtsbeschränkenden Charakters des Abschlußzwanges nur vorsichtig von ihm Gebrauch machen können und in Zweifelsfällen von ihm überhaupt Abstand nehmen müssen. Wegen der Schwierigkeit, alle technischen Umstände wirtschaftlich richtig zu bewerten, müssen an die Sorgfalt der Vertragsparteien besondere Anforderungen gestellt werden. Dennoch wird man nicht alle Fehlurteilungen als schuldhafte Handlungen i. S. des § 35 Abs. 1 GWB ansehen können, weil die sachgerechte Würdigung der beiderseitigen Interessen angesichts der Kompliziertheit der Materie nur wenigen Fachleuten möglich sein wird. Aus diesem Grund wäre die Schaffung von Gütestellen, welche mit qualifizierten Sachkennern besetzt wird, nur zu begrüßen.

bb) Die Bindung nach § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB

Eine etwas größere Bedeutung als die 1. Alternative könnte die 2. des § 26 Abs. 2 GWB bei den hier interessierenden Fragen erlangen. Hat ein beherrschendes öVU einen Vertrag über den Kauf oder Transport von el. Energie abgeschlossen, so ist es gezwungen, mit anderen, gleichartigen el. wirtschaftlichen Unternehmen gleichwertige Verträge abzuschließen, es sei denn, es lägen sachlich gerechtfertigte Gründe für eine Andersbehandlung vor.

Etwa vorliegende Unterschiede in der Behandlung können indes in verschiedensten Umständen ihre sachliche Rechtfertigung finden. Rechtlich kaum problematisch dürften die Fälle sein, in denen aufgrund technischer Daten entsprechende Änderungen in den Bedingungen und Preisen vorgenommen worden sind, z. B. aufgrund verschiedener Leistungs- oder Spannungshöhe, Netzlänge, Blindstromkompensation, Lieferzeiten. Schwieriger sind die Fälle zu beurteilen, in welchen vergleichbare Geschäfte zwar ungleich behandelt worden sind, zwischen beiden aber eine größere Zeitspanne liegt. Haben sich die für die Parallelschaltung erheblichen Umstände in dieser Zeit nicht geändert, so können lediglich die zwischenzeitlich eingetretenen Teuerungen für Primärenergieträger, Löhne und Anschlußkosten berücksichtigt werden. Entfällt aufgrund dieser Teuerungen die Rentabilität einer Parallelschaltung, so ist in diesem Fall die Verweigerung des Geschäftsabschlusses gerechtfertigt. Dasselbe gilt, wenn das öVU inzwischen für seinen El. Bedarf noch wirtschaftlichere Energiequellen nutzbar gemacht hat. In dem Fall, daß ein öVU bereits vor dem Angebot des iEEr seinen gesamten Energiebedarf deckt, sind drei Fallgruppen zu unterscheiden:

1. Ein echter Bedarf lag nur z. Zt. des zum Vergleich herangezogenen Vertrages vor, nicht aber bei den Vertragsverhandlungen mit dem hier interessierenden iEEr. Das marktbeherrschende öVU bezieht jedoch von anderen el. wirtschaftlichen Unternehmen teureren Strom bzw. betreibt eigene Kraftwerke, deren Differenzkosten über den Preisen für eine Industriestromeinspeisung von dem besagten iEEr liegen.
2. Bei allen verglichenen Parallelverkehrsverhältnissen lag keine Energielücke vor. In allen Fällen wurden teure Energiequellen durch die sich aus den verglichenen Vertragsverhältnissen ergeben den billigeren ersetzt.

3. Die vom iEer zum Vergleich herangezogenen Verträge des öVU mit anderen El. Lieferanten haben dem öVU zwar Kostensenkungen bei seiner Energiebeschaffung ermöglicht, für einen entsprechenden Vertrag mit dem iEer besteht aber deshalb kein Interesse, weil der Bedarf des öVU gedeckt und eine weitere Verbilligung der Energiekosten durch den Vertrag mit dem iEer nicht mehr möglich ist, da der Bezug des öVU bei anderen el. wirtschaftlichen Unternehmen bzw. die El. Erzeugung in eigenen Kraftwerken ebenso billig ist wie das Angebot des iEers.

Der wirtschaftliche Unterschied der verglichenen Vertragsverhältnisse liegt in der ersten Fallgruppe darin, daß eine Energielücke eines öVU bei entsprechender Berücksichtigung sonstiger relevanter Umstände durch den billigsten Bezug el. Energie geschlossen wird, wobei es unerheblich ist, wie groß die Preisunterschiede der verschiedenen V. Möglichkeiten im einzelnen sein mögen. Die Ersetzung bestehender V. Quellen durch billigere ist jedoch nur dann wirtschaftlich gerechtfertigt, wenn die preislichen Vorteile so erheblich sind, daß sie auch die durch den Wechsel im Strombezug entstehenden Unkosten (Anschlußleitungen, Umspanner, Verwaltungskosten, etc.) um eine angemessene Rendite übersteigen. Hier sind also andere wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgeblich.

In der 2. Fallgruppe, in welcher beide Vergleichsfälle die Ersetzung einer teuren Energiequelle durch den Bezug billigeren Industriestroms betreffen, können nur Unterschiede in den Klemmeigenschaften und Anschlußkosten sowie die betrieblichen Verhältnisse des iEers berücksichtigt werden und eine unterschiedliche Behandlung in der Frage des Vertragsabschlusses rechtfertigen.

Die rechtliche Beurteilung der 3. Fallgruppe ist relativ einfach: Der hier interessierende Vertrag zwischen öVU und iEer kann von dem öVU trotz zuvor mit einem vergleichbaren Vertragspartner abgeschlossenen vergleichbaren Energiebezugsvertrages deshalb abgelehnt werden, weil das öVU wirtschaftlich nicht in der Lage ist, weiteren Strom in sein Netz aufzunehmen bzw. zu nutzen.

Bei den Transportverträgen ist eine unterschiedliche Behandlung bei der Weiterleitung von Industriestrom verschiedener Qualität immer dann gerechtfertigt, wenn und soweit Unterschiede in den Anschlußkosten, dem Transportweg, der Entfernung des Einspeisungs- und Auslieferungsortes zu El. Verbrauchs- und El. Erzeugungszentren, der Spannung, Leistung, Be-

nutzungs- und Vertragsdauer etc. dies rechtfertigen, wobei immer die Rentabilität des Gesamtvertrages entscheidet.

In allen diesen Fällen entscheiden die kosten- und risikenverursachenden Verhältnisse nach kaufmännischer Abwägung⁴²¹⁾ über die sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung. Hierbei sind nicht nur das Verhältnis zwischen dem Diskriminierenden und Diskriminierten, sondern auch die Interessen und anderweitigen Bindungen, z. B. Begrenzung des El. Bezuges oder kartellrechtliche Verpflichtungen, zu berücksichtigen⁴²²⁾, sofern sie diesem Marktbereich nicht wirtschaftsfremd sind. Die unternehmerischen Interessen des ungleich behandelnden öVU stehen grundsätzlich nicht hinter den auf Gleichbehandlung gerichteten Interessen des iEers zurück⁴²³⁾, selbst wenn dies zu Härten führen sollte⁴²⁴⁾. Die Marktstellung des öVU als solche darf bei der rechtlichen Beurteilung seiner unternehmerischen Entscheidungen keine Rolle spielen.⁴²⁵⁾

An den Kontrahierungszwang aus § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB sind so bei der Einspeisung und dem Transport von Industriestrom strenge Anforderungen zu stellen. Er entfällt, soweit beim öVU der Energiebedarf fehlt bzw. bereits durch sinnvoll ausgewählte El. Lieferer gedeckt wird⁴²⁶⁾. Das öVU kann den Geschäftsverkehr grundsätzlich auch von der Lieferung einer bestimmten Mindestmenge abhängig machen⁴²⁷⁾. Ein öVU kann aber auch z. B. i. R. einer Umstellung seines El. Bezuges den Neuabschluß eines Kauf- oder Transportvertrages mit einem bisherigen Industrieunternehmen ablehnen, obwohl es mit anderen gleichartigen El. Lieferanten neue Verträge abgeschlossen hat⁴²⁸⁾, wenn sich dies kaufmännisch begründen läßt. Desgleichen kann ein öVU den Abschluß eines Vertrages dann verweigern, wenn es ungünstige Reaktionen der übrigen Geschäftspartner, auf welche es angewiesen ist, befürchten muß⁴²⁹⁾. Beim Diskriminierungsverbot i. e. S. ist die Interessenlage des diskriminierenden öVU ausschlaggebend⁴³⁰⁾; es ist also grundsätzlich nicht zu prüfen, ob die unterschiedliche Behandlung unter Berücksichtigung der Gründe des öVU bei dem iEer eine angemessene Wirkung auslöst⁴³¹⁾.

Eine Kauf- bzw. Transportpflicht des öVU besteht dann, wenn die etwa vorhandenen Gründe, welche eine unterschiedliche Behandlung wirtschaftlich rechtfertigen, lediglich eine Änderung der Bedingungen und/oder Preise rechtfertigen, also die Rentabilität des Gesamtvertrages nicht infrage stellen.

Unterschiede in der Spannung, Strommenge, Leistungshöhe, Zeit der Leistung, Anschlußkosten, Blindstromklausel etc. können grundsätzlich nur

dann eine Vertragsverweigerung sachlich rechtfertigen, wenn eine entsprechende Kompensation in den Bedingungen und Preisen den wirtschaftlichen Nutzen des gesamten Vertragsverhältnisses zwischen dem öVU und dem iEEr infrage stellt, d. h. eine angemessene Rendite nicht mehr erlaubt. Dem öVU wird weiter zuzugestehen sein, daß diese Rendite einen bestimmten absoluten Mindestbetrag überschreiten muß. - Eine abschließende Aufzählung der Fälle, in welchen die Einzelumstände eine Abschlußpflicht begründen, ist nicht möglich. Ebenso wenig können für alle Unterschiede entsprechende bestimmte wirtschaftliche Bewertungen angegeben werden. Nur in Fällen eines offensichtlichen Mißverhältnisses zwischen den Gegebenheiten der verglichenen Vertragsverhältnisse und der Vertragsverweigerung im vom iEEr angebotenen Parallelverkehrsgeschäft kann eine Abschlußpflicht des öVU angenommen werden. Diese Fälle sind selten, schon allein deshalb, weil die Rentabilität des Transportes und der Einspeisung von Industriestrom nur innerhalb sehr begrenzter Preisbereiche gegeben ist.

Zusammenfassend ist wie bei den Zus/ResV-Verträgen festzustellen, daß § 26 Abs. 2 GWB bei den Verträgen über den Kauf und Transport von Industriestrom nur in Ausnahmefällen einen Abschlußzwang der marktbeherrschenden öVU herbeiführen kann. Nur dann, wenn entweder die Vertragsverweigerung unter Beachtung aller wirtschaftlich verhebblichen Umstände und der Abwägung der Interessen der beiden Vertragspartner wirtschaftlich ungerechtfertigt und dem iEEr unzumutbar sind und ihn so in der Wettbewerbswirtschaft unbillig behindern, oder, wenn die Vertragsverweigerung nach Abwägung aller sachlich erheblichen Umstände und Berücksichtigung aller wirtschaftlich gerechtfertigten Interessen des öVU eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung des iEErs gegenüber vergleichbaren anderen el. wirtschaftlichen Unternehmen darstellt, ist ein Kontrahierungszwang anzunehmen.

b) Die Bindung der Abschlußfreiheit nach § 1 UWG

Nach § 1 UWG kann derjenige, welcher im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Zweck dieser Bestimmung ist die Bekämpfung von Wettbewerbsauswüchsen, wobei zwischen lauterer und unlauterer Wettbewerbshandlungen nach sittlich-rechtlichen Gesichtspunkten unterschieden wird.

Da auch eine Unterlassung und damit die Vertragsverweigerung Handlung i. S. des § 1 UWG sein kann ⁴³²⁾, kann diese Vorschrift ebenso wie § 26 Abs. 2 GWB unter Umständen mittelbar über den Grundsatz der primä-

ren Naturalrestitution nach den §§ 249, 250 BGB einen Abschlußzwang der öVU beim Kauf und Transport von Industriestrom begründen ⁴³³). Entsprechend dem Ziel des UWG sind hier jedoch völlig andere Voraussetzungen zu erfüllen. Das UWG beschäftigt sich im Gegensatz zum GWB nicht mit der Frage, in welchem Umfang der Wettbewerb ⁴³⁴) und insoweit die Wettbewerbsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer geschützt werden, sondern damit, wie dieser Wettbewerb ausgeübt und durch die Sittenordnung eingeengt wird ⁴³⁵). Aus diesem Grunde kann ein Behinderungstatbestand i. S. des § 26 Abs. 2, 1. Alternative, aber auch sonstige Tatbestände des GWB zugleich die Voraussetzungen des § 1 UWG erfüllen ⁴³⁶).

Objektiv muß eine Wettbewerbshandlung vorliegen, d. h. ein Verhalten, das äußerlich geeignet ist, den Absatz oder Bezug eines Wettbewerbers zu fördern, wodurch notwendig der Absatz bzw. Bezug seiner Mitbewerber beeinträchtigt wird ⁴³⁷). Da der iEer nicht nur hinsichtlich der EigenV, sondern auch bezüglich des Absatzes und möglicherweise des Transportes von Strom Wettbewerber des öVU ist ⁴³⁸) und jede Behinderung der el. wirtschaftlichen Tätigkeit der Industrie notwendig die öffentliche El. Erzeugung fördert, liegen die objektiven Voraussetzungen des § 1 UWG bei einer Verweigerung des Geschäftsabschlusses vor. Der objektive Tatbestand ist also anzunehmen, wenn die Bezugssperre geeignet ist, den Absatz des öVU auf Kosten des iEers zu fördern ⁴³⁹).

Subjektiv erfordert § 1 UWG bei der tatbestandlichen Handlung bzw. Unterlassung, d. h. hier der Vertragsverweigerung, die Absicht, den eigenen oder fremden Stromabsatz bzw. -bezug zum Nachteil des iEers zu fördern ⁴⁴⁰), wobei einerseits bloßes Bewußtsein nicht ausreicht, andererseits die Absicht nicht allein bestimmend, sondern lediglich nicht unerheblich zu sein braucht ⁴⁴¹). Ob der Zweck der Verbesserung des Absatzes, Bezuges bzw. Transportumfangs auf Kosten des iEers tatsächlich erreicht wird, ist unerheblich ⁴⁴²). In der Rechtsprechung wird sogar eine tatsächliche Vermutung für die Wettbewerbsabsicht aufgestellt, wenn ein Wettbewerber Handlungen begeht, die objektiv geeignet sind, den eigenen oder fremden Wettbewerb zu fördern ⁴⁴³).

Die objektiv und subjektiv tatbestandsmäßige Wettbewerbshandlung ist sittenwidrig, unlauter, wenn sie dem sittlich-rechtlichem Empfinden der maßgeblichen Verkehrskreise widerspricht ⁴⁴⁴). Die Unlauterkeit ist rein objektiv zu verstehen ⁴⁴⁵); Bewußtsein ist nicht erforderlich ⁴⁴⁶), sondern lediglich Kenntnis aller Tatumstände ⁴⁴⁷). Allerdings ist für den Schadensersatzanspruch immer Verschulden nachzuweisen ⁴⁴⁸). Die RG-

Rechtsprechung, welche sich vor dem Inkrafttreten des EnG wiederholt mit der Sittenwidrigkeit der Vertragsverweigerung der öVU gegenüber Tarif- und Sonderabnehmern beschäftigte, ohne indes ausdrücklich auf § 1 UWG oder (§ 826 BGB Bezug zu nehmen ⁴⁴⁹⁾, erläuterte die Sittenwidrigkeit etwa folgendermaßen ⁴⁵⁰⁾: "Eine willkürliche Abschneidung vom Güterverkehr durch Verweigerung des Vertragsschlusses kann unsittlich sein, ... wenn jemand eine tatsächliche Monopolstellung hat, die er grundlos oder aus mißbilligenswerten Gründen ausnutzt, um einen anderen entweder überhaupt von einer bestimmten Güterbewegung auszuschließen oder ihn nur unter Bedingungen zuzulassen, die als unangemessen für den Betroffenen und darum als unsittlich erscheinen" ⁴⁵¹⁾. Hierzu ist zu bemerken, daß das RG bei Sonderabnehmern den Kontrahierungszwang mit der inzwischen auch von der Rechtsprechung überholten ⁴⁵²⁾ Begründung ablehnte ⁴⁵³⁾, die öVU hätten ihnen gegenüber keine Monopolstellung inne. Vom Schrifttum wurde überwiegend gefordert, die Monopolstellung müsse sich auf ein lebenswichtiges Gut beziehen ⁴⁵⁴⁾ ⁴⁵⁵⁾. Allgemeiner, wohl auch heute noch zutreffend, hat dagegen das RG ⁴⁵⁶⁾ ausgeführt: "Im Wirtschaftskampf kann es niemanden verwehrt werden, seine eigenen Belange auch dann zu verfolgen, wenn dadurch ein anderer geschädigt wird. Gegen die guten Sitten verstößt ein solches unlauteres Vorgehen nur beim Hinzutritt besonderer Umstände, insbesondere, wenn unlautere Mittel angewendet werden oder das Verhalten die wirtschaftliche Vernichtung des anderen zur Folge hat oder doch eine übermäßige Betätigung, die in keinem Verhältnis zum Vorteil des Schädigers steht, oder eine übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit".

Nach dieser Auffassung ist weder die Frage optimaler Nutzung der vorhandenen oder potentiellen Energiequellen noch das damit mittelbar berührte allgemeine Interesse an wirtschaftlichster El. Erzeugung und wirtschaftlichsten El. Transport für die Sittenwidrigkeit einer Vertragsverweigerung rechtserheblich ⁴⁵⁷⁾; entscheidend ist allein das Interessen-Verhältnis zwischen den einzelnen öVU und iEer. Die Frage, ob ein wettbewerbliches Verhalten lauter oder unlauter ist, wird so vielfach nur aufgrund einer Abwägung der im Spiel befindlichen Interessen getroffen werden können. Bei Eingriffen in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb hat die Rechtsprechung von jeher den Unrechtsgehalt durch Güter- und Interessenabwägung zu erfassen versucht. Eine derartige Interessenabwägung dürfte aber nur dann nach dem sittlich-rechtlichen Empfinden der maßgebenden Verkehrskreise einen Vertragsabschluß fordern, wenn er einerseits dem öVU keine wirtschaftlichen Nachteile bringt, andererseits aber für die wirtschaft-

liche Existenz des iEers erforderlich ist ⁴⁵⁸⁾. Die Verweigerung des Vertragsabschlusses verstößt ferner gegen dieses sittlich-rechtliche Empfinden, wenn dadurch dem iEer eine übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit auferlegt wird. § 1 UWG ist in diesen Fällen jedoch sehr zurückhaltend anzuwenden. Eine Abschlußpflicht wird dann abzulehnen sein, wenn die Verweigerung des Abschlusses dem iEer nur geringe wirtschaftliche Nachteile verursacht.

Der Schaden muß durch die sittenwidrige, d. h. unlautere Verweigerung des Geschäftsabschlusses, also eine Unterlassung, gegenüber dem iEer verursacht worden sein und ist aus dem Vergleich der Lage vor und nach dem hypothetischen Vertragsschluß zu errechnen. Es ist dabei unerheblich, ob dieser Schaden durch ein Angebots- oder Nachfragemonopol bewirkt wird ⁴⁵⁹⁾. Er kann hier nur dann eintreten, wenn der iEer keine anderweitigen Absatz- und Transportmöglichkeiten für seinen Überschußstrom finden kann und deshalb auf einen Vertrag mit dem öVU angewiesen ist. Es ist somit immer eine Monopolstellung des öVU gegenüber dem iEer erforderlich, setzt also einen Markt für Industriestrom und den El. Transport voraus, welcher seitens der öVU mitunter bestritten wird ⁴⁶⁰⁾. Für überschüssige Waren oder Leistungen gäbe es keinen Markt, jedenfalls dann nicht, wenn keine Nachfrage bestünde. Diese Ansicht ist, wie bereits gezeigt wurde, unrichtig. In der El.-Wirtschaft besteht allgemein ein Markt für die Lieferung und den Transport el. Energie, an welchem auch die iEer teilnehmen, wie besonders augenfällig der Verbund zwischen der STEAG und der RWE und VEW und anderer Unternehmen der westdeutschen Montanindustrie aufgrund der Verträge von 1959 beweisen. Aber auch alle übrigen tatsächlich erfolgenden Einspeisungen der Industrie und der Transport von Industriestrom über öffentliche Netze zeigen, daß die wirtschaftliche Überlegenheit der industriellen Eigenanlagen und des öffentlichen Verbundnetzes gegenüber den öffentlichen Kraftwerken bzw. den Einzelleistungen eine typische Marktauslese hervorgerufen haben. Ein derartiger Markt kann nun nicht dadurch aufhören zu existieren, daß die wirtschaftliche Überlegenheit einer bestimmten Leistung die Wirksamkeit des Wettbewerbs aufhebt oder daß eine Marktseite - evtl. aus wirtschaftsfremden Erwägungen - eine Auswahl nach der Leistungsfähigkeit der jeweiligen Marktteilnehmer ablehnt. Der Wettbewerb bei der El. Erzeugung und dem El. Transport ist auch nicht auf den weiteren Ausbau der Kapazitäten beschränkt. Er zwingt vielmehr zu einer ständigen Überprüfung der Kostenverursachung der im Betrieb stehenden Anlagen. Erweisen sich neue Anlagen als wirtschaftlicher, so werden unwirtschaftlich arbeitende ältere Anlagen ersetzt. Bei dem Verbund hat sich dies in der Weise ausgewirkt, daß die am

billigsten arbeitenden Werke für die Deckung der Grundlast herangezogen werden, selbst wenn eine gleichmäßige Leistung nicht abgegeben werden kann. Die teurer arbeitenden Anlagen werden nur noch subsidiär, insbesondere in Stark- und Spitzenlastzeiten zur öffentlichen EIV herangezogen. Die Industrie ist und wird über die V. Leitungen in diesem Verbund zunehmend als integraler Bestandteil eingegliedert und je nach dem "Gebrauchswert" ihrer Eigenanlagen mit auf dem Markt der El. Erzeugung und des El. Transportes berücksichtigt. Der Transport von Industriestrom ist nicht nur für die iEER, sondern auch für die öVU dann vorteilhafter, wenn bestehende Anlagen des öffentlichen Netzes ausgenutzt werden können. Auf diesen Märkten der El. Lieferung und des El. Transportes hat nun das öVU, wie bereits gezeigt, dem iEER gegenüber meist eine Monopolstellung inne, so daß der iEER wirtschaftlich wesentlich schlechter stünde, wenn das öVU einen Vertrag über den Kauf und Transport des Industriestroms ablehnte. Hierin ist der Schaden der Vertragsverweigerung zu sehen.

§ 1 UWG wird unter Berücksichtigung aller Umstände einen Anspruch auf Abschluß eines Kauf- und Transportvertrages nur in einigen Fällen, etwa bei den existenzbedrohten, auf den Absatz von Überschußstrom angewiesenen nordrhein-westfälischen, saarländischen Steinkohle- und oberbayerischen Pechkohlebergwerken und kleinen und mittleren Industrie- und bei Gewerbebetrieben mit Laufwasserkraftwerken an den Gebirgsflüssen, begründen können.

c) Die Bindung der Abschlußfreiheit nach § 826 BGB

Neben der mittelbaren Abschlußpflicht des öVU aus § 26 Abs. 2 GWB unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbsschutzes und aus § 1 UWG i. R. der wettbewerblichen Sittlichkeit könnte auch § 826 BGB einen Kontrahierungszwang herbeiführen⁴⁶¹).

§ 826 BGB bindet die Vertragsfreiheit an die allgemeine Sittenordnung und fordert, daß ein öVU einem iEER nicht in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise durch Verweigerung des Abschlusses eines Kauf- und/oder Transportvertrages vorsätzlich einen Schaden zufügt.

Der Tatbestand ähnelt dem des bereits untersuchten § 1 UWG, ist jedoch wesentlich weiter gefaßt. Es braucht objektiv keine Wettbewerbshandlung vorzuliegen; es ist nicht erforderlich, daß die Vertragsverweigerung des öVU gegenüber dem iEER den Wettbewerb zwischen öffentlichen und industriellen Kraftanlagen beeinflußt, was allerdings immer der Fall sein wird,

so daß diese tatbestandliche Erweiterung des § 826 BGB gegenüber dem § 1 UWG hier ohne Bedeutung ist. § 826 BGB verlangt ferner keine Absicht der eigenen oder fremden Wettbewerbsförderung auf Kosten der iEer. Die Vorschrift kann deshalb selbst dann angewandt werden, wenn das öVU nachweisen kann, ohne diese Absicht gehandelt zu haben.

Der erforderliche Vorsatz dürfte in den hier interessierenden Fällen regelmäßig zu bejahen sein, weil dem öVU bekannt ist, daß die Verweigerung eines derartigen Vertrages die Rentabilität der industriellen Eigenanlage und somit der gesamten wirtschaftlichen Tätigkeit des iEers, welche mit dieser Anlage zusammenhängt, schmälert oder gar aufheben kann.

Schließlich ist beim Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit i. S. d. § 826 BGB nicht das sittlich-rechtliche Empfinden der el. wirtschaftlichen Kreise, sondern das der Allgemeinheit maßgeblich. Da hier insoweit jedoch kein Unterschied gesehen werden kann, soll auf die entsprechenden Ausführungen zu § 1 UWG verwiesen werden. Wie schon Nipperdey zurecht ausführte ⁴⁶²⁾, knüpft der Verstoß gegen die guten Sitten an das Minimum dessen an, was die Volksmoral von den Mitgliedern in ihrem Verhalten zueinander verlangt. Die Handlung bzw. Unterlassung darf nicht das Gefühl aller billigen und gerecht denkenden widersprechen.

Im Ergebnis wird § 826 BGB bei der Bindung der Abschlußfreiheit der öVU gegenüber den iEer beim Kauf und Transport von Industriestrom kaum eine über § 1 UWG hinausgehende Bedeutung erlangen können.

d) Die Lehre vom Kontrahierungszwang des Monopolisten

Im deutschen Schrifttum ist wiederholt untersucht worden, ob die Monopolstellung als solche einen Abschlußzwang gegenüber den Marktschwächeren begründet. In diesen Fällen brauchten daher nicht die Tatbestände der §§ 26 Abs. 2 GWB, 1 UWG und 826 BGB gegeben zu sein; es genügte, wenn die öVU auf dem Markt des El. Transportes und des -Kaufes den iEern gegenüber ohne Wettbewerber wären, was - wie bereits festgestellt - meist der Fall ist.

Diese Frage wurde erstmals von Puchelt bei der Besprechung eines Urteils des französischen Kassationshofes 1871 angedeutet ⁴⁶³⁾. Er bejahte die "Verpflichtung zum Abschluß von Verträgen für konzessionierte bzw. monopolistische Anstalten". Erst die grundlegende Arbeit Nipperdeys im Jahre 1920 ⁴⁶⁴⁾ leitete jedoch ihre allgemeine Diskussion ein, nachdem das RG die Frage der Vertragsverweigerung lediglich unter dem Gesichtspunkt der

sittenwidrigkeit behandelt hatte. Ausgangspunkt sind die gesetzlichen Tatbestände des Abschlußzwanges, welche regelmäßig durch die Monopolstellung der Verpflichteten gekennzeichnet sind, so die §§ 453 HGB; 3, 6, 15, 13 EVG, 3 PostG, 5 TelegraphenG; 17 Abs. 2, 24 PersonenBefG; 6 EnG; 26 VerlagsG und die landesrechtlichen Vorschriften für Schlachthäuser, Droschken, Dienstmänner, Apotheken etc.. Aus diesen Tatbeständen leitet Nipperdey einen Abschlußzwang für alle durch ein gesetzliches Monopol Privilegierten ab, z. B. für Bezirksschornsteinfeger ⁴⁶⁵). Faktische Monopole genügen nicht, "da die Bedürfnisse des Verkehrs nicht genügen, um einen Zwang zu begründen" ⁴⁶⁶). Da im hier interessierenden Parallelverkehrsreich kein unmittelbares rechtliches Monopol der öVU besteht, führte auch die Ansicht Nipperdeys zu keiner über die o. geprüften Vorschriften hinausgehenden Bindung der öVU.

Demgegenüber versuchte insbesondere Wimpfheimer ⁴⁶⁷) die These zu begründen, jedes Monopol, also auch das rein tatsächliche, führe zu einem Abschlußzwang. Er kritisiert die Rechtsprechung, welche die Entscheidung im Einzelfall in mehrfacher Weise von dem schwankenden Moment der "Zumutbarkeit" abhängig mache. Das BGB und die GewO kennen das Institut des Monopols nicht und könnten deshalb auch seine tatsächlichen Wirkungen nicht beschränken. Die Veränderungen der Lebensverhältnisse verlangen nach einem Schutz der minderkräftigen Interessen ⁴⁶⁸). Die RG-Rechtsprechung erfasse dieses Problem nicht an der Wurzel ⁴⁶⁹) und sei nicht konsequent ⁴⁷⁰). Wenn der Gesetzgeber den Kontrahierungszwang für staatlich begründete Monopole als notwendig erachtet habe, so müsse dies erst recht für die ohne staatliche Ordnung, Prüfung und Kontrolle und vielleicht gegen den staatlichen Willen geschaffenen Privatmonopole gelten. Die gesetzlichen Tatbestände der Abschlußpflicht erschienen sonst willkürlich.

Der Auffassung Wimpfheimers ist vor allem Isay mit dem Hinweis auf den Ausnahmecharakter der gesetzlichen Tatbestände der Kontrahierungspflicht ⁴⁷¹) und des sich daraus ergebenden argumenti e contrario und dem Grundsatz restriktiver Auslegung und Anwendung grundrechtsbeschränkender Normen ⁴⁷²) begegnet. Wenn Isay hinzufügt, auch die Monopole seien von der Marktgegenseite abhängig, der Kontrahierungszwang führe notwendig auch zu einem Erzeugungszwang, einer Schematisierung der wirtschaftlichen Verhältnisse und einer staatlichen Regelung aller Ein- und Verkaufsbedingungen, so ist dem allerdings entgegenzuhalten, daß dies gleichermaßen für die gesetzlichen Monopole gelten müßte und im übrigen logisch nicht zwingend ist, zumal Wimpfheimer den Umfang der Abschlußpflicht offen gelassen hat.

Die Begründung Wimpfheimers hat gezeigt, daß die Frage des Abschlußzwanges des Monopolisten in Wahrheit um ein von der Sittenordnung völlig unabhängiges Problem der Freiheitsbindung wirtschaftlicher Machtstellungen d. h. der Rechtszuordnung, handelt, welches weder im UWG noch im BGB geregelt worden ist. Wimpfheimer begründet die Bindung der Abschlußfreiheit im Grunde mit einem rechtspolitischen Postulat, wenn er meint, sie bestehe deshalb, weil "der Verkehr, die Verhältnisse, die Wirtschaft, die Ethik oder wenn man statt ihrer von allgemeinen Rechtserwägungen oder gar Naturrecht reden will, ihn fordern" ⁴⁷³). Es fehlt eine die Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit rechtfertigende Rechtsquelle ⁴⁷⁴). Wenn Wimpfheimer weiter in der Abschlußpflicht gesetzlicher Monopolisten eine Verletzung des Gleichheitssatzes sehen sollte, weil sie "willkürlich" sei, so muß dem entgegengehalten werden, daß diese Verletzung, sofern sie überhaupt bestünde, vom Gesetzgeber begangen worden wäre und noch nicht die Fiktion einer Rechtsnorm erlaube. Zudem müßten gerade die gesetzlichen Ausnahmebestimmungen verfassungswidrig sein, nicht aber das Fehlen einer allgemeinen Abschlußpflicht des Monopolisten. Im übrigen kann grundsätzlich die Interessenlage beim tatsächlichen Monopol der beim rechtlichen nicht gleichgestellt werden. So ist das tatsächliche im Umfang und seiner Dauer nicht gesichert. - Sofern jedoch im Einzelfall eine dem gesetzlichen Monopol in der Auswirkung gleichende Situation bei tatsächlichen oder nur mittelbar rechtlichen Monopolen auftritt, wie dies gerade im hier untersuchten Bereich des el. wirtschaftlichen Parallelverkehrsbereich möglich ist, ist heute durch § 26 Abs. 2 GWB Abhilfe geschaffen worden. Diese Vorschrift hat, wenn auch nicht in dem von Wimpfheimer befürworteten Umfang, welcher aus wirtschaftlichen und rechtlichen Gründen wohl auch nicht haltbar gewesen wäre, die wirtschaftsordnungs-rechtliche Frage der Freiheitsbindung wirtschaftlicher Macht beantwortet und somit eine positiv-rechtliche Regelung des Problems der Abschlußpflicht des Monopolisten herbeigeführt. Sie schließt eine weitergehende Bindung der Monopolunternehmen aus wirtschaftsordnungs-rechtlichen Erwägungen aus und entzieht daher dem Streit um die Kontrahierungspflicht des Monopolisten die Grundlage.

e) Die Lücke der Abschlußpflicht der öVU gegenüber den iEern beim Kauf und Transport von Industriestrom

Das Ergebnis unserer Untersuchung läßt sich folgendermaßen zusammenfassen: Für den Kauf und Transport von Industriestrom bestehen keine generelle Abschlußpflicht oder besondere el. wirtschaftliche Verpflichtungen. In Einzelfällen, die immer eine Monopol- oder eine marktbeherrschende Stellung der öVU in diesem Parallelverkehrsbereich gegenüber den iEern voraus-

setzen, kann die Vertragsverweigerung jedoch den iEer in seinem Wettbewerb unbillig behindern bzw. sachlich ungerechtfertigt gegenüber anderen El. Lieferanten und -Durchleitern, sittenwidrig und/oder als Maßnahme des Wettbewerbskampfes unlauter sein und deshalb mittelbar nach den §§ 26 Abs. 2 GWB, 1 UWG und/oder 826 BGB zur Abschlußpflicht führen. Eine dem französischen Recht entsprechende Pflicht zur Aufnahme und zum Transport von Industriestrom besteht also nur i. R. allgemeiner wettbewerbs- und sittenrechtlicher Vorschriften. Im Gegensatz zum französischen El. Recht überläßt das deutsche also in der größten Zahl der Fälle dem Wirtschaftlichkeitsstreben der öVU und iEer, ob und inwieweit sie in diesem el. wirtschaftlichen Bereich zusammenarbeiten wollen. Es ist sogar bisher von der Schaffung einheitlicher und übersichtlicher Berechnungsgrundlagen zur Erleichterung der Zusammenarbeit und zur staatlichen Kontrolle der wirtschaftlichen Zusammenarbeit abgesehen worden.

3. Das verpflichtete öffentliche Versorgungsunternehmen

Da eine el. rechtliche Abschlußpflicht fehlt, ist die Frage, wer zum Abschluß des jeweiligen Vertrages verpflichtet ist, aus der jeweiligen all-gemein-rechtlichen Anspruchsgrundlage, d. h. aus den §§ 26 Abs. 2 GWB, 1 UWG und 826 BGB zu beantworten.

Als Pflichtige kommen hier nicht nur die privatrechtlich versorgenden öVU, sondern auch die hoheitlich tätigen Kommunalbetriebe in Betracht, da sich die öffentlich-rechtliche Tätigkeit lediglich auf die Versorgung ihrer gemeindeangehörigen Direktabnehmer bezieht, nicht aber auf den El. Bezug. Die Beschaffenstätigkeit hoheitlich tätiger Betriebe ist privatrechtlich⁴⁷⁵⁾, gleichgültig, ob sich diese auf den Geschäftsverkehr mit anderen öVU oder iEer erstreckt.

Beim El. "Transport" wird ebenfalls ein rein privatrechtliches Geschäft vorliegen, es sei denn, dieser wäre in einen Doppelvertrag in Industriestrom-Einspeisung und V. Vertrag aufgeteilt und letzterer unterfiele satzungsgemäß öffentlichem Recht. Aber auch hier dürfte der Rechtsgrund der "Transport"-Verpflichtung des öVU privatrechtlich begründet sein.

Die Frage, welches öVU gegenüber dem jeweiligen iEer zum Kauf bzw. Transport von Industriestrom verpflichtet ist, bereitet keine Schwierigkeiten, weil nur das dem iEer gegenüber marktbeherrschende bzw. Monopolunternehmen infrage kommen kann. Es ist regelmäßig das aufgrund der el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträge i. S. des § 103 Abs. 1 GWB "zu-

ständige" örtliche oder regionale öVU bzw. ein Verbundunternehmen.

Kommen mehrere öVU als Vertragspartner in Betracht, weil dem keine dieser Marktordnungsverträge entgegensteht, oder das zuständige öVU auf deren Geltendmachung verzichtet hat und technisch wie wirtschaftlich bei allen öVU ähnliche Voraussetzungen gegeben sind, so ist keines von ihnen verpflichtet.

4. Der berechtigte industrielle Eigenerzeuger

Jedes Industrieunternehmen, welches Eigenstrom erzeugt und hinsichtlich der Abgabe an Dritte bzw. wirtschaftlich tragbaren El. Transports auf einen Vertrag mit dem beherrschenden bzw. monopolistischen öVU angewiesen ist, ist als durch die §§ 26 Abs. 2 GWB, 1 UWG und 826 BGB berechtigt anzusehen, unabhängig davon, ob es von diesem öVU Zus./Res. Strom bezieht oder nicht.

Die Eigentumsverhältnisse und Rechtsform des iEers sind ebenfalls unerheblich. Auch industrielle Verbundunternehmen, welche den beim zwischenbetrieblichen El. Austausch nicht verwertbaren Überschuß an das öffentliche Netz abgeben wollen, sind Berechtigte i. S. der o. genannten Anspruchsgrundlagen. Dies gilt auch dann, wenn der Zusammenschluß der iEE keine neue juristische Person geschaffen hat, sofern nur das öVU gegenüber jeden einzelnen der am Industrieverbund beteiligten iEE marktbeherrschendes bzw. Monopolunternehmen ist.

II. DIE BINDUNG BEI DER GESTALTUNG DER BEDINGUNGEN UND PREISE

1. Das Fehlen energierechtlicher Bindungen

Wenngleich das Energierecht keine Vorschriften über den Abschlußzwang beim Kauf und Transport von Industriestrom enthält, so könnte gemäß § 11 Abs. 2, 2. Halbsatz der 5. DVO zum EnG über das Preisrecht dennoch eine gewisse Bindung der Vertragsfreiheit der öVU hinsichtlich der Gestaltung der Preise und Bedingungen eingetreten sein, weil die Einspeisung von Industriestrom in das öffentliche Netz als Sonderabnahmevertrag i. S. des energierechtlichen Preisrechtes angesehen werden könnte, bei welcher anders als bei der Zus./ResV der Industrie - nicht die iEE, sondern die öVU

als Sonderabnehmer behandelt werden müßten.

Das Preisrecht hat jedoch lediglich die Begrenzung der Höchstpreise, nicht aber der hier interessierenden Mindestpreise zum Gegenstand. Auch die Preisänderungsklausel der VO PR. Nr. 18/52, nach welcher die Preise je nach den Kohle- und Lohnkosten sowohl steigen als auch fallen können müssen, dienen diesem Zweck, schaffen also keine Mindestpreise; das el.-rechtliche Preisrecht erlaubt daher unter diesem Aspekt unmittelbar keine Bindung. Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß die Verkaufspreise mittelbar auch die Einkaufspreise beeinflussen, wie das französische Recht, nach welchem der Preis für den eingespeisten Industriestrom auf den Verkaufstarifen aufbaut, besonders deutlich zeigt. In der BR fehlt selbst ein ungeschriebener preisrechtlicher Zusammenhang zwischen beiden Preisen.

2. Die wettbewerbsrechtliche Bindung

Mangels el. rechtlicher Sondervorschriften ist die Bindung der Gestaltungsfreiheit gänzlich nach allgemeinen Vorschriften zu bestimmen. Allerdings ist bei der Anwendung insbesondere der §§ 18, 22 ff. und 26 Abs. 2 GWB immer zu beachten, daß die öVU und iEEr auf mehreren el. wirtschaftlichen Teilmärkten miteinander in Beziehung stehen. Die Abhängigkeit des iEErs von der öffentlichen Zus/ResV kann eine solche bei der Einspeisung und dem Transport von Industriestrom von einem bestimmten öVU nach sich ziehen und so das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung auch auf dem hier in Rede stehenden Parallelverkehrsbereich verwirklichen. Im übrigen gelten weitgehend unsere Ausführungen zur wettbewerbsrechtlichen Bestimmung der Preise und Bedingungen bei der Zus/ResV der Industrie. Es fehlen wie dort einheitliche Maßstäbe, so daß die Konkretisierung der Tatbestände Schwierigkeiten bereitet. Anhaltspunkte geben auch hier die Bedingungen und Preise bestehender Verträge über Einspeisung und Transporte von Industriestrom.

a) Die Tatbestände des § 18 GWB

Der bereits erläuterte § 18 GWB wird auch auf dem Markt des Kaufs und Transportes von Industriestrom keine große Bedeutung haben.

Nach der 1. Alternative können jedoch etwa Verträge zwischen öVU i. S. des § 18 Ziff. 1 - 4 GWB außerhalb der Ausnahmeregelung des § 103 GWB, welche die Möglichkeit des Transportes oder gar der Aufnahme industriellen Stroms im Einflußbereich der betreffenden öVU erheblich einschränken oder gar ausschließen, dann von der Kartellbehörde für unwirksam

erklärt und für die Zukunft verboten werden, wenn hierdurch den betroffenen iEer ein erheblicher Schaden erwächst oder gar die Existenz bedroht wird, ohne daß die öVU durch die getroffene Vereinbarung nennenswerte Vorteile erlangen.

Gemäß § 18, 2. Alternative GWB steht der Kartellbehörde die nämliche Befugnis zu, falls derartige Verträge oder Vereinbarungen zwischen öVU und den jeweiligen iEern auf den für diese Unternehmen erreichbaren Marktbereich den Wettbewerb zwischen Industrie- und öVU-Strom erheblich beeinträchtigen. Hierunter fallen z. B. Vereinbarungen zwischen öVU und iEer, nach welchen der Kauf und/oder der Transport von Industriestrom nur unter der Bedingung erfolgt, daß der iEer eine bestimmte Menge öVU-Strom Gas oder Koks abnimmt, obwohl er hierfür keinen echten Bedarf hat, zumindest nicht zu den vom öVU verlangten Bedingungen und Preisen.

b) Der Tatbestand des Marktmißbrauchs

Wesentlich größere Bedeutung als § 18 dürfte § 22 Abs. 3 GWB bei der Bestimmung der Bedingungen und Preise für eingespeisten Industriestrom und den Transport haben, welcher ein marktangemessenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung fordert. Ein interner Gewinn- und Verlustausgleich der öVU bei den Bilanzen der einzelnen el. wirtschaftlichen Teilmärkte etwa durch Fordern überhöhter Preise für den El. Transport und zu geringem Entgelt für den Industriestrom, weiter durch Festsetzung unangemessener Bedingungen, welche sich auch auf Nebenpflichten beziehen können, kann durch die Kartellbehörden untersagt werden. Das öVU darf nur kosten- und risikoverursachende bzw. -sparende Umstände des Einzelfalles i. R. kaufmännisch verständiger Wertung berücksichtigen. Er darf sich keine Vorteile verschaffen, welche ihm allein durch seine Marktstellung gegenüber dem iEer erreichbar sind.

In Ermangelung eines durch gleichstarke Marktseiten ausgehandelten Marktpreises ⁴⁷⁶⁾ ist wie bei der Zus/ResV auf die Kosten zurückzugehen, d. h. entweder eine Anlehnung an die Kostenlage beim iEer (Selbstkostenprinzip) oder an die Differenzkostenersparnis des öVU (Ersparnisprinzip) zu suchen.

Als Selbstkosten sind die Differenzbeträge zwischen den Gesamtkosten bei Durchführung einer Stromeinspeisung und den hypothetischen Gesamtkosten bei Unterlassung dieser Einspeisung zuzüglich der Risikoprämie für Haftungsverpflichtungen und Risiken bei Rückwirkungen des Netzes auf die eigenen Anlagen anzusehen. Diese Selbstkosten der Industrie werden seitens der

ÖVU jedoch nur in Ausnahmefällen, und zwar nur dann anerkannt, wenn die iEER die Energie wesentlich billiger erzeugen können als die öffentlichen Kraftwerke ⁴⁷⁷). Die geringe Bedeutung des Selbstkostenprinzips ist darauf zurückzuführen, daß es keine Einstellung auf die Leistungsfähigkeit konkurrierender Erzeugungsanlagen ermöglicht. Die El. Wirtschaft arbeitet aber nur dann am rationellsten, wenn sich die ÖVU der billigsten Energiequellen bedient. Sie müssen daher die für sie erreichbaren günstigsten Bedingungen und Preise zum Maßstab bei der Auswahl zwischen verschiedenen El. Lieferanten und dem etwa vorhandenen eigenen Kraftwerk nehmen. Allerdings werden auch die El. Lieferanten auf die Dauer die Energie nur dann liefern können, wenn die Preise die Kosten abdecken und einen angemessenen Gewinn erlauben. Bei den iEern, für welche die el. wirtschaftliche Betätigung meist nur eine Nebenbeschäftigung ist, kann im Einzelfall jedoch, z. B. aus steuerlichen Gründen, etwas anderes gelten. Als Orientierung für die Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung wird daher, insbesondere dann, wenn mehrere El. Lieferanten eines ÖVU vorhanden sind, das Ersparnisprinzip zu bevorzugen sein.

Beim Industriestrom-Transport dagegen ist dem Selbstkostenprinzip zu folgen, da die Kostenlage beim ÖVU allein den technischen und wirtschaftlichen Verhältnissen entsprechende Preise und Bedingungen ermöglicht.

Die Ermittlung der Ersparnis bzw. der Differenzkosten bereitet wie bei der Zus/ResV in der Rechtspraxis erhebliche Schwierigkeiten. Hier zeigen sich die Nachteile des derzeitigen Rechtszustandes, welche den Behörden und Gerichten mangels hinreichender Einblicke in die Verhältnisse der einzelnen ÖVU und mangels einheitlicher Kostenberechnungen nicht die erforderlichen Kenntnisse vermitteln, um auf eine kosten- bzw. ersparnisgerechte Preisgestaltung beim Kauf und/oder Transport von Industriestrom hinwirken zu können.

c) Der Diskriminierungstatbestand

Die nämlichen Hindernisse bestehen bei der Anwendung des Tatbestandes des § 26 Abs. 2, 1. Alternative GWB, d. h. der unbilligen wettbewerblichen Behinderung. Diese Vorschrift wird, wie schon die Ausführungen bei der Zus/ResV und dem Abschlußzwang beim Kauf und Transport des Industriestroms gezeigt haben, keine weitere Annäherung der von dem ÖVU angebotenen Preisen und Bedingungen an die tatsächlichen Kosten und Ersparnisse erlauben.

§ 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB hingegen läßt die Anknüpfung an die konkreten Bedingungen und Preise bereits mit anderen el. wirtschaftlichen Unternehmen abgeschlossener vergleichbarer Verträge zu. Auf diese Weise entfaltet der Diskriminierungstatbestand i. e. S. eine ähnliche Wirkung wie das Preisrecht im Bereich der Zus/ResV, wenngleich absolute, den Stoppreisen entsprechende Werte in der Regel fehlen.

Wegen der größeren Bedeutung der innerbetrieblichen Umstände und besonderen Risiken sowie der großen Qualitätsunterschiede des Industriestroms dürfte die Kompensation der unterschiedlichen konkreten Gegebenheiten noch wesentlich schwieriger sein als bei der Konkretisierung des Diskriminierungstatbestandes i. e. S. im Bereich der Zus/ResV.

3. Die Bindung des § 1 UWG

In der Praxis werden unangemessene Preise und Bedingungen im hier interessierenden Parallelverkehrsbereich nur sehr selten mit § 1 UWG bekämpft werden können⁴⁷⁸⁾, da er praktisch nur in Fällen offensichtlicher Schädigungsversuche durch Ausnahmetarife und -bedingungen angewandt werden kann. Das Verhalten des öVU muß eine unlautere übermäßige Einschränkung der wirtschaftlichen Freiheit bzw. eine Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz des iEers darstellen; erforderlich ist immer eine Preisgestaltung zum Zwecke der Konkurrenzvernichtung⁴⁷⁹⁾. In diesen Fällen ist regelmäßig schon der Tatbestand wettbewerbsschützender Vorschriften erfüllt, so daß § 1 UWG bei der Bestimmung der Preise und Bedingungen der Einspeisung und des Transportes von Industriestrom in bzw. durch öffentliche Leitungen geringe Bedeutung zukommt.

4. Die Bindung des § 826 BGB

Ebenso wie § 1 UWG dürfte § 826 BGB der Vertragsfreiheit des öVU nur sehr weite Grenzen bei der Gestaltung der Preise und Bedingungen setzen. Sofern nach dieser Bestimmung eine Abschlußpflicht besteht, wird zwar allgemein angenommen, die Verträge dürften nur zu angemessenen⁴⁸⁰⁾ gleichmäßig bestimmten⁴⁸¹⁾ und zu nicht unangemessen, unerträglich und deshalb unsittlich erscheinenden Preisen und Bedingungen abgeschlossen werden wobei die allgemeine Grenze in der Zumutbarkeit gesehen wird. Diese Ansicht scheint in Anbetracht der Grenzen der Sittenwidrigkeit allerdings die Vertragsfreiheit zu sehr zu binden, ist aber deshalb nicht von großer Bedeutung, weil selbst eine derart weitgehende sittlich-rechtliche Bindung der Ge-

gestaltungsfreiheit meist ebensowenig wie der Tatbestand des § 1 UWG über
die der §§ 22 Abs. 3 und 26 Abs. 2 GWB hinausgehen wird.

D. DER ABSCHLUSSZWANG DER INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGER IM ELEKTRIZITÄTS- WIRTSCHAFTLICHEN PARALLELVERKEHR

Die bisherigen Untersuchungen behandelten die Bindung der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit der öVU gegenüber den iEern. Auch die iEer unterliegen jedoch als Teilnehmer am el. wirtschaftlichen Markt gewissen Einschränkungen in ihrer Vertragsfreiheit im Parallelverkehrsrecht.

I. DIE BINDUNGEN DES INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGERS ALS ENERGIEVERSORGUNGSUNTERNEHMEN

1. Die Bindung der öffentlich versorgenden industriellen Eigenerzeuger

Die bei der Zus/ResV untersuchten energierechtlichen Bindungen der Vertragsfreiheit verpflichten nicht die öVU, sondern EVU, welche ein bestimmtes Gebiet versorgen. Soweit ein iEer mit seinem Überschußstrom ein unmittelbare oder mittelbare GebietsV vornimmt, treffen ihn hinsichtlich der Versorgung von Tarif- und Sonderabnehmer, d. h. Klein- und Kleinstabnehmer, iEer und öVU, die nämlichen Pflichten wie das öVU.

Hat der iEer als EVU auf den einzelnen Teilmärkten des Parallelverkehrs eine tatsächliche oder mittelbar rechtliche Monopolstellung, so können auch die Vorschriften der §§ 22 Abs. 3 und 26 Abs. 2 GWB, 1 UWG und 826 BGB in bereits dargestellter Weise wie bei den öVU angewandt werden. Dies gilt sowohl für die Zus/ResV der Sonderabnehmer als auch für den Kauf und Transport von deren Überschußstrom. Der iEer ist insofern wie ein öVU in der Vertragsfreiheit eingeschränkt.

Diese Fälle sind jedoch sehr selten. In der Regel betreiben die iEer keine GebietsV und besitzen auch keine verzweigte Verbundleitung. Aus diesem Grunde entfällt meist nicht nur der energierechtliche V Anspruch anderer, sondern auch - allerdings nicht zwangsläufig - die allgemeine Anspruchsgrundlage, da die iEer dann auch keine marktbeherrschende Stellung einnehmen bzw. kein Monopol ausüben. In diesen Fällen kann der iEer auch nicht zu einer Erweiterung seiner el. wirtschaftlichen Tätigkeit gezwungen werden, etwa gesicherte Leistung abzugeben, wenn er lediglich seine durch die Hauptproduktion bestimmte ungesicherte Überschußenergie abgeben will oder el. Energie zu transportieren, wenn seine bestehende El. Leistung für eine weitere Belastung nicht mehr ausreicht und für den Ausbau der Leitung

keine Gegenleistung erbracht wird.

Über die Beschaffenheit von Installationsanlagen gab es bisher keine behördlichen Vorschriften. Die EVU unterliegen lediglich der allgemeinen Gewerbeaufsicht. In freiwilliger Zusammenarbeit sind jedoch im Verband Deutscher Elektrotechniker (VDE) Vorschriften aufgestellt worden, welche allgemein angewandt werden ⁴⁸²).

2. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit im Verteidigungsfall und in einer Versorgungskrise

Abgesehen von diesen Pflichten, welche die iEer nur als EVU und/oder marktbeherrschende oder Monopolunternehmen treffen, kann im Verteidigungsfall und in einer Versorgungskrise hoheitlich in die Vertragsfreiheit eingegriffen werden.

In § 13 EnG heißt es:

"(1) Der Reichswirtschaftsminister kann Vorschriften und Anordnungen über die Erhaltung vorhandener und die Errichtung zusätzlicher Energieanlagen sowie über die Abgabe von Energie erlassen, soweit solche zur Sicherstellung der Landesverteidigung erforderlich sind und den Unternehmen zugemutet werden können. Werden über das wirtschaftlich Zumutbare hinaus Auflagen gemacht, so ist dem Unternehmen eine angemessene Entschädigung zu gewähren, die der Reichswirtschaftsminister festsetzt. Die Entscheidungen des Reichswirtschaftsministers sind für Gerichte und Verwaltungsbehörden bindend.

(2) Der Reichswirtschaftsminister erläßt Vorschriften und Anordnungen über die technische Beschaffenheit, die Betriebssicherheit, die Installation von Energieanlagen und von Energieverbrauchsgeräten sowie deren Überwachung" ⁴⁸²).

Die Ermächtigung für die RVOn ist gemäß Art. 129 Abs. 1, 123, 125, 74 Nr. 11, 83 ff. GG auf den Bundeswirtschaftsminister, für die Verwaltungsakte auf die Energieaufsichtsbehörde der Länder übergegangen. Als authentische Auslegung der Vorschrift dürfte noch heute der Erlaß des Reichswirtschaftsministers v. 31.12.1937 IV 4947 79/37 i. R. des § 19 EnG verbindlich sein ⁴⁸³).

§ 13 EnG dürfte heute durch § 1 Abs. 1 Ziff. 5 Wirtschaftssicherstellungsgesetz v. 24.8.1965 außer Kraft und ersetzt sein. § 13 EnG war durch § 1 Ziff. 2 des Gesetzes über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft vom 22.12.59⁴⁸⁴⁾ bis zur Beendigung derselben gem. § 9 i. V. m. Art. 1 des 3. Gesetzes zur Verlängerung der Geltungsdauer⁴⁸⁵⁾ bis zum 30.6.65 nach einhelliger Meinung⁴⁸⁶⁾ "suspendiert" worden. Im Gegensatz zum § 13 EnG geht § 1 Ziff. 2 Sicherstellungsgesetz von dem wirtschaftlichen Wettbewerb aus und hat deshalb wesentlich engere Grenzen für hoheitliche Eingriffe gezogen. § 1 Ziff. 2 Sicherstellungsg wurde als das speziellere und deshalb vorrangige Recht angesehen⁴⁸⁷⁾. Aufgrund des o. erwähnten Wirtschaftssicherstellungsgesetzes vom 24.8.65, dessen Inkrafttreten gem. § 33 auf den 1.7.65 zurückdatiert wurde, ist § 1 Ziff. 2 Sicherstellungsg ersetzt und § 13 EnG zwar nicht ausdrücklich, aber nach dem Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* ausgeschlossen worden..

§ 1 Abs. 1 Ziff. 5 Wirtschaftssicherstellungsg lautet:

"Um die für Zwecke der Verteidigung, insbesondere zur Deckung des Bedarfs der Zivilbevölkerung und der Streitkräfte erforderliche Versorgung mit Gütern und Leistungen sicherzustellen, können durch Rechtsverordnungen Vorschriften erlassen werden über 1. ... 5. die Erzeugung, die Weiterleitung, die Umwandlung, die Umspannung, die Zuteilung, die Abgabe, den Bezug und die Verwendung von elektrischer Energie".

Nach § 14 Wirtschaftssicherstellungsg können im Wege von Verordnungen auch bei einer akuten Versorgungskrise Vorschriften erlassen werden. § 2 Wirtschaftssicherstellungsg bestimmt die Voraussetzungen und Grenzen des Verordnungsrechtes der Bundesregierung oder des Wirtschaftsministers. Wie § 13 EnG⁴⁸⁸⁾ erfaßt § 1 Ziff. 5 Wirtschaftssicherstellungsg alle Energie-, also auch die industriellen Anlagen⁴⁸⁹⁾, welche so grundsätzlich zur öffentlichen ELV herangezogen werden können, soweit es die technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten erlauben. Es kann insoweit die Unterhaltung bestehender, jedoch kaum oder gar nicht benutzter industrieller Eigenanlagen im betriebsfähigen Zustand, die Erweiterung oder Neuerrichtung derartiger Anlagen und auch die Änderung bestehender Vertragsverhältnisse, etwa die Einstellung bzw. Einschränkung der Versorgung⁴⁹⁰⁾ bisheriger Abnehmer bzw. die Beendigung oder Verringerung des sonstigen el. wirtschaftlichen Parallelverkehrs mit bisherigen Vertragspartnern und der Neuabschluß von Versorgungs-, Einspeisungs- oder Transportverträgen mit anderen Abnehmern bzw. el. wirtschaftlichen Unternehmen angeordnet wer-

den 491).

II. DIE FREIHEIT ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFTLICHER BETÄTIGUNG DER INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGER

Von der Frage, ob und inwieweit die iEer als EVU mit die Rechte und Pflichten der Unternehmen der öffentlichen EIV aus den Vorschriften des Energierechts, des GWB, UWG und BGB übernehmen müssen, ist diejenige zu trennen, ob und inwieweit der iEer in Normalzeiten, also abgesehen vom Verteidigungsfall und von einer Versorgungskrise zur el. wirtschaftlichen Betätigung und zur rationellsten Planung und Betätigung im el. wirtschaftlichen Bereich verpflichtet ist.

Eine ausdrückliche Regelung derartiger Bindungen besteht nicht. Aus den auf die Anzeige-, Auskunft- und Mitteilungspflicht sowie der Genehmigungsbedürftigkeit beschränkten el. rechtlichen Bestimmungen ist jedoch zu entnehmen, daß der Gesetzgeber dem iEer grundsätzlich freie Hand lassen wollte. Offensichtlich ging er davon aus, die Belange der öffentlichen EIV seien durch die a. Vorschriften gewährleistet. Immerhin zeigt § 5 Abs. 2 EnG, daß Wert auf einen Vergleich der Rentabilität zwischen öffentlicher und eigener Versorgung gelegt wurde. Dem iEer sollte so in seiner konkreten Lage gezeigt werden, welche Vor- und Nachteile die öffentliche und eigene Versorgung hat. Der deutsche Gesetzgeber vertraut also ebenso wie der französische dem Privatnützigkeitsstreben bei der Wahl des für das Industrieunternehmen und damit auch für die Allgemeinheit rationellsten und damit wirtschaftlichsten Weges. Es ist jedoch zu beachten, daß in der BR die Wahl des Industrieunternehmens sich an den Eigenkosten und den Preisen der öffentlichen EIV, nicht notwendig also an deren Kosten orientiert. Die für das Industrieunternehmen billigste EIV ist nur dann die volkswirtschaftlich beste Lösung, wenn die Preise des Angebotes der betreffenden öVU kostenecht sind, wie dies in Frankreich nach der den Tarifierungen der Lastenhefte zugrunde liegenden Theorie der Fall sein soll, wegen der staatlichen Preisfestsetzung jedoch ebenfalls nicht gewährleistet ist.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Untersuchung der Bindung der Abschluß- und Gestaltungsfreiheit im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr zwischen öVU und iEEr nach west-deutschem Recht hat zu folgenden Ergebnissen geführt:

1. Die el. wirtschaftliche Tätigkeit wird in der BR größtenteils privatrechtlich, teilweise aber auch öffentlich-rechtlich ausgeübt.

Die nach Anstaltsrecht hoheitlich tätigen öVU, kommunale V. Unternehmen, verfügen über ein öffentlich-rechtliches V. Monopol.

Für die privatrechtliche el. wirtschaftliche Tätigkeit gilt die Gewerbefreiheit, welche jedoch mittelbar durch die kartellrechtlich zugelassenen privatrechtlichen, teils lediglich zwischen den Vertragspartnern, teils als ausschließliche Wegenutzungsverträge gegenüber jedermann wirkenden Marktordnungsverträge faktisch erheblich eingeschränkt ist. Aufgrund dieser Kartellverträge, welche die EVU im erheblichen Maße vor Konkurrenz schützen, verfügen die überwiegend von der öffentlichen Hand geführten öVU, aber auch die iEEr, soweit sie eine örtliche oder regionale öffentliche EIV durchführen, im Parallelverkehr mit der Industrie meist über eine beherrschende Stellung bezüglich der Zus/ResV, der Aufnahme und des Transportes von Industriestrom in das öffentliche Netz.

2. Der iEEr hat zwar theoretisch wie die öVU die Möglichkeit, die el. wirtschaftliche Tätigkeit als EVU, auch als GebVU, aufzunehmen. Faktisch ist er jedoch meist wegen der o. bezeichneten Marktordnungsverträge - ähnlich wie die iEEr in Frankreich - auf die EigenV und den Parallelverkehr mit den öVU beschränkt.

3. Ein einheitliches Sonderrecht zum Parallelverkehr zwischen öVU und iEEr, welches den öVU eine allgemeine oder an die beherrschende bzw. monopolistische Stellung geknüpfte Abschlußpflicht auferlegte, besteht nicht. Lediglich im Teilbereich der öffentlichen Zus/ResV der iEEr sind öVU insoweit, als sie eine öffentliche GebietsV durchführen, i. R. wirtschaftlicher Zumutbarkeit i. S. des § 6 Abs. 2 und 3 EnG nach Maßgabe der 5. DVO zur Versorgung verpflichtet. Darüberhinaus kann bei hoheitlicher EIV durch das öffentlich-rechtliche und bei der privatrechtlichen EIV im Falle der meist vorliegenden marktbeherrschenden oder monopolistischen Stellung der öVU gegenüber den iEErn durch das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot i. S. des § 26 Abs. 2 GWB die Abschlußfreiheit eingeschränkt werden.

Für den Kauf und Transport von Industriestrom durch die öVU hat das 1. Recht bewußt keine Regelungen getroffen, obwohl hier ebenso wenig wie bei der Zus/ResV ein freier Wettbewerbsmarkt besteht. Die Abschlußfreiheit der öVU und iEEr ist hier nur durch die allgemeinen Vorschriften, insbesondere die §§ 26 GWB, 1 UWG und 826 BGB, deren Voraussetzungen indes nur in wenigen Fällen feststellbar sein dürften, begrenzt.

4. Entsprechendes gilt für die Gestaltung der Preise und Bedingungen im Parallelverkehr.

Bei der öffentlichen Zus/ResV der iEEr bestimmt das Preisrecht in vielen Fällen weitgehend die Bedingungen und Preise, welche nach § 6 Abs. 2 und 3 EnG und der 5. DVO den el. wirtschaftlichen Leistungen angemessen sein müssen, d. h. sie müssen den Kosten einschließlich angemessener Verunsicherung entsprechen. Diese Bindung wird bei der privatrechtlichen ELV durch die §§ 18, 22 und 26 Abs. 2 GWB und bei der öffentlich-rechtlichen durch die allgemeinen Grundsätze des Gleichbehandlungsgrundsatzes ergänzt.

Beim Kauf und Transport von Industriestrom gilt grundsätzlich wie bei der Frage des Vertragsabschlusses die Vertragsfreiheit, welche bei monopolistischen oder marktbeherrschenden öVU bzw. iEErn lediglich durch die Vorschriften des GWB, des UWG und des BGB eingeschränkt bzw. durch staatliche Notstandsmaßnahmen aufgehoben oder erheblich vermindert werden kann.

3. TEIL

DIE BINDUNG DER VERTRAGSFREIHEIT
NACH DEM RECHT DER EWGA. DER EINFLUSS DES EWG-VERTRAGES
AUF DIE NATIONALE
ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFTSORDNUNG

Die Darstellung der Vertragsfreiheitsbindung der el. wirtschaftlichen Unternehmen im Parallelverkehr nach französischem und deutschem Recht wäre unvollständig, blieben die rechtlichen Auswirkungen des supranationalen europäischen Rechtes unberücksichtigt. Da trotz der beabsichtigten Verschmelzung der drei Verträge über die Montanunion (MUV) ¹⁾, die Atomgemeinschaft (Euratom-Vertrag) ²⁾ und Europäische Wirtschaftsgemeinschaft (EWGV) ³⁾ und verschiedener Arbeiten zur Neufassung einiger Vorschriften bisher noch keine bestimmten el. wirtschaftlichen Sonderregelungen entworfen worden sind, können lediglich die hier bedeutsamen allgemeinen Bestimmungen behandelt werden.

Wegen der Bedeutung der Marktstellung der öVU und iEer für die hier interessierenden Fragen soll zunächst - wie bei der Untersuchung nach französischem und deutschem Recht - die el. rechtliche Wirtschaftsordnung im ganzen betrachtet werden.

I. DER EWG-VERTRAG ALS DEM NATIONALEN ELEKTRIZITÄTSRECHT
ÜBERGEORDNETES SUPRANATIONALES RECHT1. Die Anwendbarkeit des EWG-Vertrages
auf die Elektrizitätswirtschaft

Gemäß Art. 232 erfaßt der EWGV alle Wirtschaftszweige, soweit sie nicht Gegenstand der Regelungen des MUV oder des Euratom-Vertrages sind. Der MUV befaßt sich lediglich mit der Kohle- und Stahlwirtschaft; der Euratom-Vertrag behandelt zwar auch einzelne Fragen der Kernkraftwerke, nicht aber die hier interessierenden Fragen der El. Wirtschaftsordnung und des Parallelverkehrs zwischen öVU und iEer. Einhellig ⁵⁾ wird daher angenommen, der EWGV umfasse auch die El. Wirtschaft, obwohl sie in diesem Vertrag nicht ausdrücklich erwähnt worden ist.

Anders als jedes nationale Recht kennt so der EWGV keine el. rechtlichen Sonderbestimmungen, wenngleich er für die Land- und Verkehrswirtschaft eine von den übrigen Wirtschaftszweigen abweichende Wirtschaftsordnung anerkannt hat. Fischerhof⁶⁾ bezweifelt deshalb, ob der EWGV auf die 1. Wirtschaft anwendbar sei, weil er den el. wirtschaftlichen Besonderheiten nicht Rechnung trage. Dieser Grund kann jedoch nicht als ausreichend angesehen werden. Warum indes die Verfasser des EWGV keine el. rechtlichen Sondervorschriften getroffen haben, ist schwer zu beantworten. Möglicherweise haben sie diesen Wirtschaftszweig oder zumindest aber dessen etwa sonderregelungs-bedürftige Besonderheiten übersehen oder eine Regelung bewußt unterlassen, weil die nationalen el. wirtschaftlichen Sonderregelungen nicht nur in Einzelheiten, sondern - anders als bei den nationalen Land- und Verkehrs-Wirtschafts-Ordnungen - schon in der wirtschaftlichen Grundkonzeption erheblich von einander abweichen. So steht der im wesentlichen privatrechtlich und marktwirtschaftlich orientierten öffentlichen EL. Wirtschaft der Benelux-Staaten und der BR die monopolisierte verstaatlichte, weitgehend öffentlich-rechtlich bestimmte Italiens und Frankreichs gegenüber. Da der EWGV, wie noch gezeigt werden wird, eine wirtschaftsordnungspolitische Grundentscheidung enthält⁷⁾, erscheint eine bewußte Gesetzeslücke allerdings unwahrscheinlich. Eher könnte angenommen werden, die Verfasser des EWGV hätten vielmehr für den EWGV zunächst allein bedeutsamen zwischenstaatlichen EL. Verkehr für so unbedeutend gehalten, daß er einer Sonderbehandlung nicht bedurfte.

Das Europäische Parlament teilte jedoch in einer EntschlieÙung in Beantwortung der vom Ministerrat der EWG angeregten 1. DVO zu den wettbewerbsrechtlichen Art. 85 und 86 EWGV seine Ansicht mit, "daß der Charakter einzelner Wirtschaftszweige und die Sonderbestimmungen, die für diese Wirtschaftszweige in den Mitgliedstaaten angewandt werden, eine besondere Regelung rechtfertigen"⁸⁾. In dieser EntschlieÙung hat das Europäische Parlament die EWG-Kommission aufgefordert, "Vorschläge für solche Regelungen innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der 1. Verordnungen vorzulegen". Der Präsident der EWG-Kommission, Prof. Hallstein, hat weiterhin in einem Vortrag am 12.3.1962 in der Universität in Padua erklärt, die Kommission bearbeite auch Pläne zur Vereinheitlichung des Rechts der EVU auf EWG-Ebene. Auf Anfrage hat die Generaldirektion Wirtschaft und Finanzen damals mitgeteilt, daß diese Arbeiten zur Zeit im Gange seien, daß aber über bestimmte Ergebnisse noch nicht berichtet werden könne⁹⁾. Auf Anfrage in neuester Zeit bei der Generaldirektion für Wettbewerb wurde dagegen mitgeteilt, eine Sonderregelung sei nicht geplant. Offenbar will Brüssel erst durch Untersuchungen Material für eine spätere Regelung sammeln und der Entwick-

lung dieses Wirtschaftszweiges im EWG-Raum nicht vorzeitig bestimmte Bestimmungen vorschreiben.

Solange keine el. wirtschaftliche Sonderregelungen bestehen, sind daher die allgemeinen EWG-Vorschriften auf die El. Wirtschaft anzuwenden.

2. Die Ziele des EWG-Vertrages

Nach Art. 2 EWGV soll "durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten, die in der Gemeinschaft zusammengeschlossen sind", gefördert werden.

Diese allgemeinen großen Ziele sollen i. R. des in Art. 3 EWGV genannten Programmes ¹⁰⁾ verwirklicht werden. Nach dieser Vorschrift umfaßt die Tätigkeit der Gemeinschaft nach Maßgabe der einzelnen Vertragsbestimmungen und der darin vorgeschriebenen Zeitfolge die Angleichung und Vereinheitlichung aller Märkte. Bis auf die Ausnahmen der Land- und Verkehrswirtschaft, bei welchen ein besonderes Ordnungsprinzip für notwendig erachtet wurde ¹¹⁾, geht der EWGV offensichtlich davon aus, es genüge die Verwirklichung eines freien Wettbewerbs unter gleichen Wettbewerbsbedingungen, um die erstrebten Ziele auf den einzelnen Märkten zu erreichen. So heißt es u. a. im Spaak-Bericht ¹²⁾: "Besonders schädliche Folgen im Hinblick auf die Produktionsentwicklung und die Hebung des Lebensstandards hat die Ausschaltung des Wettbewerbs aus dritten Ländern. - In einem größeren Wirtschaftsraum können veraltete Betriebsmethoden, die hohe Preise und niedrigere Löhne bedingen, nicht aufrechterhalten werden, da ein gesunder Wettbewerb die Betriebe ständig zu Rationalisierungs- und Modernisierungsinvestitionen zwingen wird; ohne diese Fortschritte werden sie nicht bestehen können". Diese Erkenntnis hat dazu geführt, grundsätzlich allein dem Wettbewerb die Steuerungsfunktion im Wirtschaftsablauf der Gemeinschaft einzuräumen ¹³⁾. So schreibt auch die EWG-Kommission in ihrem 1. Gesamtbericht ¹⁴⁾: "Der Vertrag strebt nicht nur an, den Wettbewerb durch die Beseitigung von im internationalen Güterverkehr vorhandenen Hindernissen zu beleben. Er will auch einen lauterer und gesunden Wettbewerb schaffen, der Grundbedingung ist für eine rationelle Verteilung der wirtschaftlichen Tätigkeiten und für die Gewährleistung einer gerechten Ausgangslage für die Produktionskräfte". Art. 2 EWGV geht im Grunde von dem ökonomi-

schen Satz der komparativen Kosten als Leitbild aus. "Der Wirtschaftsverkehr innerhalb der Gemeinschaft befindet sich dann im Gleichgewicht, wenn die Unternehmen der einzelnen Mitgliedstaaten zur Erzeugung derjenigen Güter übergegangen sind, die sie verhältnismäßig am billigsten herstellen können. Dieses Gleichgewicht im zwischenstaatlichen Warenaustausch garantiert die bestmögliche Verwendung der in den Staaten vorhandenen Produktionsmittel und damit den höchstmöglichen Lebensstandard für die Bevölkerung" ¹⁵⁾. Der EWGV hat daher binnenmarktähnliche Verhältnisse zu schaffen und zu verhindern, daß die Disposition über Standort und Produktion nicht von künstlich gesetzten Produktionsbedingungen, welche den Wettbewerb verzerren und verfälschen, wirtschaftsfremd beeinflußt wird.

Diese Ziele des EWGV verbieten eine Auslegung der Vertragsbestimmungen nach allgemeinen völkerrechtlichen, d. h. souveränitätsfreundlichen Grundsätzen ¹⁶⁾. Tatbestände können im Wirtschaftsrecht weitgehend nur durch unbestimmte Rechtsbegriffe erfaßt werden. Wollte man diese Begriffe, welche im EWGV meist ohne Anlehnung an nationalrechtliche geschaffen wurden, restriktiv auslegen, so wäre die Anwendbarkeit des Vertrages in weiten Teilen infrage gestellt. Es ist daher davon auszugehen, daß der EurGH, welcher gemäß Art. 164 allein zur authentischen Interpretation berufen ist ¹⁷⁾, die Bestimmungen nach den mehrfach niedergelegten Zielsetzungen des Vertrages auslegen wird. Nur eine solche Arbeitsweise kann dem besonderen Charakter des Vertrages gerecht werden ¹⁸⁾. Allerdings hat der EurGH und die Kommission bei der Anwendung der EWGV-Vorschriften alle überstaatlichen wirtschaftlichen und technischen Besonderheiten i. R. der Auslegung zu berücksichtigen.

II. DIE WICHTIGSTEN MARKTVEREINHEITLICHENDEN PFLICHTEN DER MITGLIEDSSTAATEN

Von den zahlreichen Vertragsbestimmungen zur Vereinheitlichung der mitgliedstaatlichen Märkte sollen nun diejenigen kurz behandelt werden, welche für die E. Wirtschaftsförderung besondere Bedeutung haben können.

1. Das Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Art. 7 EWGV lautet:

"Unbeschadet besonderer Bestimmungen dieses Vertrages ist in seinem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten.

Der Rat kann mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung der Versammlung Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen".

Diese Vorschrift ist nicht nur Programmsatz, sondern unmittelbar geltendes Recht ¹⁹⁾. Normpflichtig sind nicht nur die Teilnehmer am Markt, also alle el. wirtschaftlichen Unternehmen, sondern auch die Organe der Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten ²⁰⁾ in Bezug auf Gesetze, VOn, Verwaltungsakte oder interne Anweisungen, wobei weder die eigenen noch die fremden Staatsangehörigen gegenüber den jeweilig anderen diskriminiert werden dürfen ²¹⁾. So darf der nationale Gesetzgeber die el. wirtschaftliche Tätigkeit z. B. nicht an eine bestimmte Staatsangehörigkeit binden ²²⁾; der französische Staat darf die EDF nicht anweisen, einen belgischen Abnehmer gegenüber einem französischen zu benachteiligen oder zu bevorzugen, gleichgültig, ob es sich bei dem Abnehmer um eine natürliche oder juristische Person handelt ²³⁾.

Die nationale El. Wirtschaftsordnung stellt hinsichtlich der el. wirtschaftlichen Tätigkeit regelmäßig nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf den Ort und die Art der el. wirtschaftlichen Betätigung ab, so daß Art. 7 EWGV für die El. Wirtschaftsordnung kaum Bedeutung haben dürfte.

Abgesehen davon, daß der Nachweis eines Verstoßes gegen diese Bestimmung im konkreten Fall schwierig sein wird ²⁴⁾, gilt die Vorschrift im übrigen nur, soweit keine besonderen Bestimmungen bestehen ²⁵⁾, was regelmäßig der Fall ist. Größere Bedeutung dürfte der subsidiären Vorschrift daher lediglich als allgemeiner Grundsatz und Auslegungsregel zukommen ²⁶⁾.

2. Die Regelungen über den freien Warenverkehr

Die Art. 9 bis 37 EWGV befassen sich mit dem freien Warenverkehr auf der Grundlage der Zollunion der Gemeinschaft (Art. 9). Die Art. 12 bis 17 schreiben die Abschaffung der Zölle zwischen den Mitgliedstaaten vor und regeln die Übergangslösungen. Die El. ist im allgemeinen Brüsseler Zolltarif unter Nr. 27.17 aufgeführt. Deshalb sind El. Lieferungen über die Grenze als "Warenverkehr" zu behandeln, welche Gegenstand des gemeinsamen Zolltarifes (Art. 18 bis 29) sind.

So dürften den Vorschriften über mengenmäßige Beschränkungen des Warenverkehrs zu den Mitgliedstaaten (Art. 30 bis 37) z. B. die Art. 27 Abs. 1 des französischen G 19 und 10 der VO v. 30.10.1935, welche den Export hydraulisch erzeugten Stroms mit Ausnahmeverbehalt verbieten bzw. den Im- und Export thermisch erzeugter Energie genehmigungspflichtig machen, widersprechen, da zu den mengenmäßigen Beschränkungen auch die unter Genehmigungsvorbehalt statuierten Ein- und Ausfuhrverbote zählen ²⁷⁾ 28). Art. 36 EWGV besagt allerdings, die Bestimmungen der Art. 30 bis 34 stünden Einfuhr- und Ausfuhrbestimmungen bzw. -beschränkungen nicht entgegen, die aus Gründen der öffentlichen Sicherheit gerechtfertigt sind. Obwohl sich Frankreich seit dem Kriege bis heute in einer ständigen - allerdings abnehmenden - Energieknappheit befunden hat, muß geprüft werden, ob und gegebenenfalls inwieweit heute eine Angleichung der Vorschriften über die Art. 100 ff. durchgeführt werden muß ²⁹⁾. Insgesamt haben zwar die Art. 9 bis 36 EWGV ebensowenig wie Art. 7 einen unmittelbaren Einfluß auf die nationale El. Wirtschaftsordnung. Immerhin wird der zwischenstaatliche El.-Verkehr erleichtert bzw. gegen Zollbehinderungen gesichert und so der Verbund zwischen Unternehmen verschiedener Wirtschaftsordnungen ermöglicht.

Zentrale Bedeutung könnte dagegen Art. 37 EWGV für die europäische El. Wirtschaftsordnung zukommen ²⁹⁾. Er lautet:

"I Die Mitgliedstaaten formen ihre staatlichen Handelsmonopole ³⁰⁾ schrittweise derart um, daß am Ende der Übergangszeit jede Diskriminierung in den Versorgungs- und Absatzbedingungen zwischen den Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen ist.

Dieser Artikel gilt für alle Einrichtungen, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich kontrolliert, lenkt oder merklich beeinflusst. Er gilt auch für die von einem Staat auf andere

Rechtsträger übertragenen Monopole.

II Die Mitgliedstaaten unterlassen jede neue Maßnahme, die den in Abs. I genannten Grundsätzen widerspricht oder die Tragweite der Artikel über die Abschaffung der Zölle und mengenmäßigen Beschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten einengt.

III Die Zeitfolge der in Abs. I vorgesehenen Maßnahme ist der in den Art. 30 bis 34 vorgesehenen Beseitigung der mengenmäßigen Beschränkungen für dieselben Waren anzupassen.

Unterliegt eine Ware nur in einem oder mehreren Mitgliedsstaaten einem staatlichen Handelsmonopol, so kann die Kommission die anderen Mitgliedstaaten ermächtigen, bis zur Verwirklichung der in Abs. I vorgesehenen Anpassung Schutzmaßnahmen zu ergreifen, deren Bedingungen und Einzelheiten sie festlegt.

IV Ist mit einem staatlichen Handelsmonopol eine Regelung zur Erleichterung des Absatzes oder der Verwertung landwirtschaftlicher Erzeugnisse verbunden, so sollen bei der Anwendung dieses Artikels gleichwertige Sicherheiten für die Beschaffung und Lebenshaltung der betreffenden Erzeuger gewährleistet werden; hierbei sind die im Zeitablauf möglichen Anpassungen und erforderlichen Spezialisierungen zu berücksichtigen.

V Die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten gelten nur insoweit, als sie mit bestehenden internationalen Abkommen vereinbar sind.

VI Mit Beginn der ersten Stufe spricht die Kommission Empfehlungen aus über die Art und Weise und die Zeitfolge der in diesem Artikel vorgesehenen Anpassung".

Staatliche Monopolbetriebe könnten trotz der Beseitigung von Belastungen und Beschränkungen der Ein- und Ausfuhr Käufe und Verkäufe aus anderen als rein privatwirtschaftlichen Erwägungen bestimmen und dadurch die Freiheit des Warenverkehrs begrenzen. Dies soll - gleichzeitig mit dem Abbau mengenmäßiger Beschränkungen - durch Umformung der Monopole verhindert werden.

Nach der Legaldifinition in Art. 37 Abs. 2 EWGV ³¹⁾ gelten offensichtlich als staatliche Monopole ohne Rücksicht auf die Rechtsform und Eigentumsverhältnisse ³²⁾ alle Einrichtungen, durch die ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten

rechtlich oder tatsächlich merklich beeinflussen kann.

Die EDF dürfte die Voraussetzungen des staatlichen Monopols aufgrund ihrer durch das NatG verliehenen, mit geringen Ausnahmen versehenen Monopols für die El. Erzeugung, den El. Transport und die El. Verteilung im gesamten französischen Staatsgebiet und für den gesamten Im- und Export und aufgrund der zahlreichen Aufsichts- und Eingriffsrechte auch über die für den El. Im- und -Export zuständigen Direktion für Erzeugung und Transport, d. h. die einzelnen "centres régionaux de mouvements d'énergie (CRME) ³³⁾, zweifellos erfüllen, wenngleich die EDF als "établissement public national de caractère industriel et commercial", also formaljuristisch als unabhängiges Wirtschaftsunternehmen, geschaffen wurde.

Schwieriger dürfte die Frage sein, ob auch die deutschen öVU, welche sich völlig oder zum größten Teil in öffentlicher Hand befinden, als "staatliche Monopole" anzusehen sind. Von vornherein sind diejenigen Unternehmen auszuschneiden, deren Monopolstellung lediglich auf den privatrechtlichen Marktordnungsverträgen i. S. der § 103 Abs. 1 GWB beruht. Inwieweit sind allein die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. EWGV maßgeblich. Als staatliche Monopolunternehmen kommen so also nur die gemeindlichen Betriebe, welche dem Anstaltsrecht unterstellt sind, in Betracht.

Im Rücksicht darauf, daß je nach der nationalrechtlichen Ordnung Betriebe dem Staat, den Ländern (Départements) oder Gemeinden zugeordnet werden können, wird man wohl nach dem Sinn der Vorschrift davon ausgehen können, daß grundsätzlich durch Art. 37 EWGV die gesamte hoheitliche Sphäre der Mitgliedstaaten verpflichtet werden sollte, da sonst eine völlig uneinheitliche Wirkung durch diese Vorschrift in den einzelnen Mitgliedstaaten erzielt würde bzw. durch innerstaatliche Rechtsänderung herbeigeführt werden könnte ³⁴⁾. In der BR allerdings haben durch die Zustimmung des Bundesrates zum Ratifikationsgesetz v. 27. 7. 1957 auch die Länder den EWGV-Verpflichtungen zugestimmt; insofern ist über Art. 28 Abs. 1 GG auch das Gemeinderecht zur öffentlichen Anstalt in diesem Rahmen mit geändert worden ³⁵⁾.

Es ist jedoch zweifelhaft, ob Art. 37 Abs. 1 EWGV auch solche "Handelsmonopole" miterfassen wollte, welche sich nicht mit dem räumlichen Bereich eines Mitgliedstaates decken, sondern wesentlich kleiner sind. Entscheidend dürfte hier die Frage sein, ob durch diese Einrichtungen "ein Mitgliedstaat unmittelbar oder mittelbar die Einfuhr oder Ausfuhr zwischen den Mitgliedstaaten rechtlich oder tatsächlich merklich beeinflussen kann". Aufgrund insbesondere der Leistungsgebundenheit, der Kapitalintensität und

der Gebietsmonopole für den zwischenstaatlichen El. Verkehr praktisch allein infrage kommenden Verbundunternehmen können auch kleine grenznahe el. wirtschaftliche Unternehmen diese Wirkung haben. Nach dem Sinn und Zweck des Art. 37 EWGV müssen daher auch die kommunalen el. wirtschaftlichen Anstalten, welche für den betreffenden zwischenstaatlichen El. Verkehr in ihren V. Gebiet über ein Monopol verfügen³⁶⁾, ebenfalls dem Art. 37 Abs. 1 EWGV unterfallen. Auch in diesen Fällen kann die Gemeinde den zwischenstaatlichen El. Verkehr gestalten. Hier entsteht so das Paradoxon, daß diese Unternehmen an der Grenze zu anderen Mitgliedstaaten als staatliche Monopolunternehmen abzubauen wären, während sie im Inneren der BR bestehen bleiben und dort den Verbund zwischen el. wirtschaftlichen Unternehmen in der BR blockieren können.

Nach dem EurGH³⁷⁾ verbietet Art. 37 Abs. 1 EWGV nicht alle staatlichen Monopole, sondern nur "Handelsmonopole und dies nur insoweit, als sie Diskriminierungen der genannten Art einführen". Die Monopole fallen nur dann unter das Verbot, "wenn sie ihrerseits Umsätze in Handelswaren zum Gegenstand haben, hinsichtlich deren ein Wettbewerb und ein zwischenstaatlicher Warenaustausch möglich ist und wenn sie andererseits für diesen Warenaustausch tatsächlich von Bedeutung sind".

Der zwischenstaatliche Handel muß so zunächst eine Ware betreffen, "die nach ihrer Art und nach den technischen oder internationalen Verhältnissen, denen sie unterliegt, tatsächlich für die Ein- oder Ausfuhr zwischen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten von einiger Bedeutung sein kann"³⁸⁾. In der BR und Frankreich spielt nun der rege zwischenstaatliche El. Verkehr im Verhältnis zum Gesamtumfang der jeweiligen nationalen El. Wirtschaft keine sehr große Rolle, was nicht allein durch die technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten bedingt ist, sondern teilweise auch aus der Monopolisierung in der El. Wirtschaft folgt. Ob dennoch dieser El. Verkehr "von einiger Bedeutung" i. S. der Erläuterung des EurGH ist, kann zweifelhaft sein. So meint z. B. der Generalanwalt beim EurGH Lagrange³⁹⁾, die el. Energie der italienischen ENEL sei kein dem Wettbewerb und Warenaustausch zwischen den Mitgliedstaaten zugängliches Gut, da sich der internationale Handel der ENEL auf einen geringen Grenzverkehr mit Frankreich beschränke. Ob diese Auffassung jedoch dem Sinn des Art. 37 EWGV entspricht, ist zweifelhaft. Eine nähere Bestimmung durch den EurGH erscheint daher notwendig, um ein Mindestmaß an Rechtssicherheit zu schaffen. Der französische und westdeutsche zwischenstaatliche El. Verkehr, der nach seinem absoluten Umfang tatsächlich groß und potentiell sehr umfangreich ist, sich zudem bei technischen Neuerungen und wirtschaftlichen Veränderungen dur

Verschiebungen in den Kostenverhältnissen in Zukunft noch vergrößern kann, dürfte "von einiger Bedeutung" sein, selbst wenn das Verhältnis zwischen Gesamtmarkt und zwischenstaatlichem Markt groß ist.

Obwohl Art. 37 EWGV die Umformung aller Handelsmonopole verlangt, um jede Diskriminierung auszuschließen, sieht der EurGH lediglich solche Monopole als verboten an, welche tatsächlich, d. h. nachweisbar, eine Diskriminierung in den Versorgungs- oder Absatzbedingungen zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten bewirken. Die Kommission hat bei der (unverbindlichen) Auslegung des Art. 37 in ihren 4 Empfehlungen ⁴⁰⁾ insbesondere die Unterlassung von 3 Arten der Diskriminierung "empfohlen":

1. Diskriminierungen, die darin bestehen, daß die Einfuhr begrenzt wird im Verhältnis zu den Absatzmöglichkeiten auf dem innerstaatlichen Markt, und zwar zu den Absatzmöglichkeiten, wie sie dann bestehen würden, wenn auch die folgenden Diskriminierungen beseitigt wären.
2. Diskriminierungen, die darin bestehen, daß eingeführte Waren durch die Anwendung verschiedener Spannen zwischen Abgabe- und Verkaufspreis für diese und für die inländischen Waren stärker belastet werden oder weil der Abgabepreis für die Eigenerzeugung unter den durchschnittlichen Gestehungskosten liegt.
3. Diskriminierungen in den Absatzbedingungen, insbesondere bei der Belieferung der Einzelhändler, Erschließung der Märkte und der Werbung ⁴¹⁾.

Die Beseitigung dieser Diskriminierungen seien Mindestforderungen des Art. 37, neben denen noch weitere, etwa das Belassen des Ermessens beim Monopolunternehmen, inwieweit es Einfuhrmöglichkeiten ausnutze, bestünden. Colliard ⁴²⁾ sieht zurecht in Art. 37 EWGV das Verbot jeglicher Diskriminierung aufgrund staatlichen Monopols.

Ist das Handelsmonopol mit einem Herstellungsmonopol verbunden, wie dies bei der EDF weitgehend der Fall ist, so daß grundsätzlich nicht nur ausländische, sondern auch inländische Produzenten von der Belieferung des Handelsmonopols ausgeschlossen sind, so haben die gleichen Grundsätze zu gelten ⁴³⁾, d. h. der staatliche Monopolproduzent wird bei der Prüfung der Diskriminierung in dem Vergleich als inländischer Erzeuger eines Mitgliedstaats behandelt, dem die Erzeuger der übrigen Mitgliedstaaten bezüglich der Belieferung des Handelsmonopols gleichzustellen sind.

Die unterschiedlichen El. Preise und V. Bedingungen im französischen und westdeutschen Grenzgebiet zeigen eine tatsächliche Diskriminierung, wie sie der EurGH für Art. 37 EWGV fordert. Die französischen und westdeutschen Monopole verhindern eine über die EigenV - in der BR ferner den Transittransport - hinausgehende el. wirtschaftliche Betätigung anderer Unternehmen in dem vom Monopol erfaßten Gebiet. Zwar haben die nicht auf staatlichem Monopol beruhenden öVU regelmäßig aufgrund der privatrechtlichen Marktordnungsverträge ebenfalls eine, wenn auch nicht ebenso weitreichende Monopolstellung in ihren Gebieten, weshalb heute ohnehin grundsätzlich lediglich ein Kostenwettbewerb zwischen in das internationale Verbundnetz der öVU eingespeister el. Energie besteht. Die EDF hat jedoch - anders als die auf deutschem Anstaltsrecht beruhenden örtlichen Verteiler - in den Benelux-Staaten und der BR durch entsprechende Marktordnungsverträge die gleiche el. wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeit wie andere el. wirtschaftliche Unternehmen und kann z. B. bei Ablauf eines "Konzessions"- oder Demarkationsvertrages in der BR eine grenzüberschreitende IndustrieV oder gar Gebietsverteilung vornehmen. Im übrigen unterfallen die privatrechtlichen Marktordnungsverträge den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften des EWGV. Die staatlichen el. wirtschaftlichen Monopole diskriminieren daher die Unternehmen anderer Mitgliedstaaten insoweit, als sie über etwa zulässige Kartelle hinausgehende Privilegien schaffen. Die staatlichen Monopole verhindern so auch i. R. der technisch und wirtschaftlich bedingten Wettbewerbsgrenzen ⁴⁴⁾ entgegen dem Sinn und Zweck des Art. 37 Abs. 1 eine rein kaufmännische Orientierung des Bezuges und der Lieferung ⁴⁵⁾ und diskriminieren die Angehörigen, d. h. el. wirtschaftlichen Unternehmen anderer Mitgliedstaaten ⁴⁶⁾.

Im zwischenstaatlichen El. Verkehr ist auch ein Wettbewerb zu beobachten. Der bestehende internationale Großverbund sucht immer die billigsten Energiequellen auszunutzen. Mit aus diesem Grunde ist insbesondere der Verbund zwischen Ländern mit vorwiegend hydraulischen und vorwiegend thermischen Kraftwerken hergestellt worden, um die billigere hydraulische Erzeugung soweit wie möglich auszunutzen, im übrigen jedoch eine sichere Deckung bei Ausfall oder Verringerung der Wasserkrafterzeugung zu ermöglichen und damit den Zus./Res. Strom zu verbilligen. Allein das Bestehen kostspieliger internationaler Verbundschienen zeigt die Bedeutung des kostenorientierten zwischenstaatlichen Wettbewerbs. Dieser tatsächliche Wettbewerb besteht heute zwar lediglich auf dem Gebiet der El. Einspeisung in öffentliche Verbundschienen, weil die nationalrechtlichen El. Wirtschaftsordnungen, d. h. die staatlichen Monopole und das System der el. wirtschaft-

lichen Marktordnungsverträge, insbesondere die "Konzessionsabreden", den möglichen Wettbewerb bei dem El. Transport und der El. Verteilung gerade verhindern sollen. In diesen Marktbereichen besteht so im internationalen El. Verkehr eine potentielle Wettbewerbslage; auch insoweit liegen die Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 1 EWGV i. S. der authentischen Auslegung des EurGH vor.

Folgt man der hier vertretenen Ansicht, daß die el. wirtschaftliche zwischenstaatliche Betätigung "eine Ware betrifft, die nach ihrer Art und nach den technischen oder internationalen Verhältnissen, denen sie unterliegt, tatsächlich für die Ein- oder Ausfuhr zwischen Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten von einiger Bedeutung sein kann", so sind alle auf öffentlichem Recht beruhende Monopolstellungen insoweit abzubauen, als das Wettbewerbsrecht des EWGV zwischenstaatliche Wettbewerbsbeschränkungen im El. Recht verbietet. Art. 37 EWGV hat so eine erhebliche Bedeutung für die Ordnung zumindest des Bereichs der El. Wirtschaft, welcher für den zwischenstaatlichen El. Verkehr infrage kommt.

Art. 37 Abs. 1 EWGV, dessen Verpflichtung erst am Ende der Übergangszeit völlig eingelöst sein muß ⁴⁷⁾, ist jedoch im Zusammenhang mit den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften der Art. 85 Abs. 3 und 90 ⁴⁸⁾ und auch Art. 37 Abs. 3 Unterabs. 2 EWGV zu sehen. Der Abbau der Monopole kommt nur insoweit infrage, als der zwischenstaatliche El. Verkehr behindert wird oder werden kann. Dies hängt u. a. davon ab, inwieweit der privatrechtliche Wettbewerbsschutz der übrigen öVU über die Art. 85 ff. EWGV beseitigt wird. Die Mitgliedstaaten, welche keine öffentlich-rechtlichen el. wirtschaftlichen Monopole kennen, dürfen i. R. des Art. 37 Abs. 3 Unterabs. 2 EWGV von der Kommission nicht ermächtigt werden, bis zur Verwirklichung der Umformung der Monopole gem. Art. 37 Abs. 3 EWGV durch die Kommission festgelegten ⁴⁹⁾ Schutzmaßnahmen, etwa i. S. der Art. 91, 103 Abs. 4, 107 Abs. 2, 108, 109, 115, 223, 224 und 226 EWGV ⁵⁰⁾, zu ergreifen, falls ein privatrechtlicher Marktschutz besteht. Die Verpflichtung zum Abbau öffentlich-rechtlicher Monopole in der El. Wirtschaft dürfte dort ihre Grenzen finden, wo die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der el. wirtschaftlichen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert (Vgl. Art. 90 Abs. 2 EWGV). Zur Umformung der derzeitigen nationalen El. Wirtschaftsordnungen in Ansehung des EWGVs dürfte somit ein gleichzeitiges, aufeinander abgestimmtes Handeln i. R. der Art. 37 und 85 ff. EWGV ⁵¹⁾ erforderlich sein.

Solange der bestehende Zustand beibehalten wird, bestehen kaum Ge-

fahren diskriminierender Marktmaßnahmen auf dem El. Markt, da alle öVU mehr oder weniger gegen den Wettbewerb abgeschirmt sind und es ihnen selbst überlassen ist, die billigsten Energiequellen zu nutzen, unabhängig davon, ob der Strom in eigenen Anlagen oder durch Fremdbezug beschafft wird. Die öffentlich-rechtlichen Monopolunternehmen sind meist auch an einer gebietlichen Expansion nicht interessiert, weil sie - regelmäßig wegen der politisch bedingten Preisgestaltung - oft mit Zuschüssen arbeiten und Angehörige anderer V.Gebiete, gar die anderer Mitgliedstaaten, nicht unterstützen wollen.

3. Die Freiheit der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs

Nach Art. 52 bis 59 EWGV sind die Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates bzw. die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, während der Übergangszeit nach Maßgabe der jeweilig folgenden Bestimmungen aufzuheben.

Im allgemeinen Programm zur Aufhebung der Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit ⁵²⁾, welches in der Anlage I als Hauptgruppe 51 die Elektrizität anführt, ist festgelegt, daß Unternehmen der Mitgliedstaaten nicht an der Niederlassung in irgendeinem Mitgliedstaat gehindert werden dürfen ⁵³⁾. Dies bezieht sich auch auf die Befugnis, im Aufnahmeland eine selbständige Erwerbstätigkeit, also auch eine el.wirtschaftliche, unter denselben Voraussetzungen wie ein Inländer aufzunehmen und auszuüben ⁵⁴⁾.

Art. 4 der Richtlinie des Rates vom 28.2.1966 über die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der selbständigen Berufstätigkeiten der Zweige Elektrizität, Gas, Wasser und sanitäre Dienste" ⁵⁵⁾, welche nach Art. 1 und 2 die Erzeugung, Weiterleitung und Verteilung von Elektrizität erfaßt, bei leitungsgebundenem Transport jedoch nur für die Aufhebung der Niederlassungsfreiheits-Beschränkungen, nicht also für die diskriminierenden Beschränkungen bei der Erbringung von Dienstleistungen gilt, lautet:

"(1) Die Mitgliedstaaten beseitigen vor allem die Beschränkungen:

- a) welche die Begünstigten daran hindern, sich unter den gleichen Bedingungen und mit den gleichen Rechten wie die Inländer im Aufnahmeland niederzulassen oder dort Dienstleistungen zu erbringen;
 - b) welche aus einer Verwaltungspraxis entstehen, die darauf hinausläuft, daß die Begünstigten eine gegenüber Inländern unterschiedliche Behandlung erfahren;
 - c) welche die Begünstigten auf Grund von Vorschriften oder Verwaltungspraktiken bei der Gewährung von Konzessionen oder Genehmigungen ausschließen oder bestimmten Beschränkungen oder Bedingungen unterwerfen, die nur für sie allein gelten;
- (2) Zu den zu beseitigenden Beschränkungen gehören insbesondere diejenigen, die in Vorschriften enthalten sind, welche eine Niederlassung oder Dienstleistung der Begünstigten in folgender Weise verbieten oder beschränken:

.....

b) in Frankreich:

- durch das Erfordernis einer "carte d'identité d'étranger commerçant" (Gesetzesdekret vom 12. November 1938, Dekret vom 2. Februar 1939, Gesetz vom 8. Oktober 1940) ⁵⁷⁾;

- durch das Erfordernis der französischen Staatsangehörigkeit für: Konzessionäre und Inhaber eines Erlaubnisscheins für die Ausbeutung von Wasserkraft (Artikel 26 des Gesetzes vom 16. Oktober 1919) und Wärmeenergie (Dekret vom 30. Juli 1935); alle Konzessionäre oder Inhaber von Erlaubnisscheinen zur Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (Gesetzesdekret vom 12. November 1938); wenn es sich dabei um eine Gesellschaft handelt, gilt dieses Erfordernis für den Vorsitzenden des Verwaltungsrates, für die mit der Geschäftsführung beauftragten Verwaltungsmitglieder, die Geschäftsführer, die Direktoren mit Zeichnungsbefugnis, die commissaires aux comptes (Rechnungsprüfer mit Aufsichtsratsaufgaben) und zwei Drittel der Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft oder der Verwaltungsmitglieder oder der Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrats ⁵⁸⁾;

....."

Aufgrund der bisher herausgegebenen Richtlinien über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr hat der Bundestag durch Gesetz vom 13. 8. 1965 ⁵⁹⁾ die einzigen in Betracht kommenden westdeutschen Bestimmungen, § 12 GewO und § 292 AktG, die für ausländische Aktiengesellschaften besondere Genehmigungen erforderten, neu gefaßt bzw. aufgehoben (Art. I und II).

Art. 5 der Richtlinie bestimmt, daß die Mitgliedstaaten dafür sorgen,

"daß die von dieser Richtlinie Begünstigten den Berufsorganisationen unter denselben Bedingungen und mit den gleichen Rechten und Pflichten beitreten dürfen wie Inländer".

Nach Art. 6 der Richtlinien gewähren die Mitgliedstaaten "ihren Staatsangehörigen, die sich zur Ausübung der in Artikel 2 genannten Tätigkeiten in einen anderen Mitgliedstaat begeben, keine Beihilfen, durch welche die Niederlassungsbedingungen verfälscht werden könnten". Art. 7 verpflichtet die Mitgliedstaaten, bei etwa erforderlichem Zuverlässigkeitsnachweis oder Nachweis, daß die el. wirtschaftlich tätigen Rechtssubjekte vorher nicht in Konkurs gegangen sind/oder finanziell leistungsfähig sind, Bescheinigungen der jeweiligen Herkunftsländer, nach welcher die Bedingungen erfüllt sind, anzuerkennen. Nach Art. 8 treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um dieser Richtlinie binnen 6 Monaten nach ihrer Bekanntgabe nachzukommen und setzen die Kommission hiervon unverzüglich in Kenntnis.

Diese Richtlinie findet nach Abs. 2 der amtlichen Begründung auch auf "Tätigkeiten Anwendung, die die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse zum Gegenstand haben, ohne jedoch die Anwendung des Art. 90 des Vertrages auf Unternehmen, die mit derartigen Dienstleistungen betraut sind, vorzugreifen". Die Richtlinie gilt jedoch nicht für öVU des öffentlichen Rechts, welche keinem Erwerbszweck i. S. des Art. 58 Abs. 2 EWGV, sondern dem Kostendeckungsprinzip folgen - wie etwa die EDF und gemeindlichen Eigenbetriebe - und deshalb gemäß Art. 58 EWGV nicht unter die Art. 55 ff. EWGV fallen ^{60) 61)}.

Wenngleich insbesondere hinsichtlich des Niederlassungsrechtes die Richtlinie einen gewissen Fortschritt für die Angleichung der nationalen El.-Wirtschaftsordnungen bedeutet, so dürfen deren wirtschaftliche Auswirkungen nicht überschätzt werden. Bei den bestehenden nationalen El. Wirtschaftsordnungen ist die Niederlassungsfreiheit ohnehin von geringer Bedeutung. Immerhin würde damit gewährleistet, daß z. B. ein französisches Unterneh-

nen sich ohne rechtliche Schwierigkeiten in der BR niederläßt und sich el.-wirtschaftlich betätigen kann bzw. umgekehrt für deutsche Unternehmen in Frankreich, soweit das el.rechtliche Monopol der EDF dies zuläßt. Bezüglich der unterschiedlichen wirtschaftlichen Beschränkungen durch Nationalisierungen, Konzessionen und andere öffentlich-rechtliche Bindungen haben sich sowohl die Kommission als auch die Regierungen der Mitgliedstaaten bei den Beratungen zum Vorentwurf der Richtlinien auf den Standpunkt gestellt, es läge hier keine Diskriminierung von Angehörigen der übrigen EWG-Staaten vor, da diese Bedingungen die Inländer ebenso trafen. Die Begründung dürfte für die begrenzte Frage der Niederlassungsfreiheit zutreffen. Dennoch ist nicht zu verkennen, daß die Niederlassungsfreiheit nur dann einen praktischen Sinn hat, wenn die Berechtigten am gewählten Ort auch ihre wirtschaftliche Tätigkeit ausüben können; Art. 37 dürfte hier als Sonderregelung vorgehen.

4. Das Verbot wettbewerbsfremder staatlicher Maßnahmen bei öffentlichen Unternehmen

Eine weitere für die Vereinheitlichung des El. Marktes wesentliche Vorschrift stellt Art. 90 Abs. 1 EWGV dar, welche klarstellt, daß die Mitgliedstaaten bezüglich öffentlicher und solcher Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine dem EWGV und insbesondere dessen Art. 7 und 85 bis 94 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten dürfen. Diese Verpflichtung stellt eine Konkretisierung des Art. 5 Abs. 2 EWGV dar ⁶²⁾, welche interne Maßnahmen des Staates gegenüber den genannten Unternehmen mit in die wettbewerbsrechtlichen Verbotsvorschriften einbeziehen will. Die Kommission kann in diesem Fall gemäß Art. 90 Abs. 3 EWGV wirksamer gegen die Mitgliedstaaten vorgehen, als dies im Verfahren nach Art. 169 EWGV möglich wäre ⁶³⁾.

Verpflichtete i. S. des Art. 90 Abs. 1 EWGV sind nicht nur die 6 Mitgliedstaaten, sondern die gesamte hoheitliche Sphäre im Gemeinsamen Markt, also auch die Länder (Provinzen), Gemeinden ⁶⁴⁾. "Maßnahme" i. S. der Vorschrift ist jedes rechtliche und tatsächliche Einwirken eines Mitgliedstaates mit vertragswidrigem Ergebnis, sofern es sich nicht um Gesetze und VOn handelt, welche Gegenstand der Art. 100 ff. EWGV sind ⁶⁵⁾. Diese Maßnahmen widersprechen dann den Art. 7 und 85 bis 94, wenn sie ein vom Vertrag nicht erwünschtes Ergebnis bewirken ⁶⁶⁾; ein Verstoß ist nicht erforderlich, aber ausreichend. So erfüllt beispielsweise ein Mitglied-

staat den Tatbestand, wenn es ein öffentliches oder bevorrechtigtes el. wirtschaftliches Unternehmen zu einem Verhalten veranlaßt, zwingt oder ermächtigt, das als eigenes Handeln des Unternehmens das Verbot der genannten Vorschriften erfüllt, sofern nicht wegen Art. 85 Abs. 3 oder Art. 90 Abs. 2 EWGV etwas anderes gilt ⁶⁷⁾.

Fraglich ist, was unter öffentlichen oder mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestatteten Unternehmen i. S. des Art. 90 Abs. 1 EWGV zu verstehen ist. Eine Definition fehlt. Es kann sich nicht um Rechtsträger handeln, welche hoheitliche Tätigkeit ausüben, weil diese den Art. 85 ff. EWGV nicht unterstehen ⁶⁸⁾. Die öffentlichen Unternehmen i. S. des Art. 90 Abs. 1 EWGV sind aber auch nicht mit den Handelsmonopolen des Art. 90 Abs. 1 EWGV identisch ⁶⁹⁾. Auch wenn man unter Unternehmen nur öffentlich-rechtliche Anstalten oder rechtlich unselbständige Behördenstellen mit gemeinnützigen Zielen versteht, so würde dies der Bestimmung des Art. 90 Abs. 1 EWGV nicht gerecht, da es für den Sinn der Vorschrift ohne Belang ist, ob das Unternehmen eine von der öffentlichen Hand getrennte eigene juristische Persönlichkeit besitzt oder nicht ⁷⁰⁾; ebensowenig Bedeutung hat die Gewinnerzielungsabsicht ⁷¹⁾. Ausschlaggebend kann nur sein, ob der Staat mittelbar oder unmittelbar einen beherrschenden Einfluß auf das Unternehmen geltend machen kann ⁷²⁾. So unterfallen sowohl die EDF als "entreprise public" als auch die Regiebetriebe dieser Bestimmung, desgleichen genügt Aktienbesitz der Mitgliedstaaten bzw. der nachgeordneten öffentlichen Gebietskörperschaften ⁷³⁾, wobei ein maßgeblicher Anteil ausreichend sein dürfte ⁷⁴⁾. So unterfällt die Gesamtheit der französischen und der weitaus größte Teil der westdeutschen öVU diesem Begriff des "öffentlichen Unternehmens" ⁷⁵⁾.

Die andere Alternativvoraussetzung für die Verpflichtung der Hoheitsträger, die Gewährung "besonderer oder ausschließlicher Rechte", welche bei den französischen Unternehmen wegen der öffentlich-rechtlichen Konzessionserteilungen vorliegt ⁷⁶⁾, ist so bei diesen französischen und westdeutschen öVU praktisch bedeutungslos.

Bedeutsam aber umstritten ist die Frage, ob den verbleibenden rein oder überwiegend privatrechtlichen westdeutschen öVU besondere oder ausschließliche Rechte gewährt worden sind ⁷⁷⁾. Die Streitfrage wird nur nach zweckentsprechender Auslegung zu lösen sein. Ziel der Vorschrift ist es, alle Fälle zu erfassen, in denen die Mitgliedstaaten Unternehmen durch Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte den Regeln des Vertrages, insbesondere der Art. 7 und 85 bis 94 entziehen können ⁷⁸⁾. Da privatrecht-

liche Abreden jedoch den Art. 85 ff. unterfallen, kann es sich lediglich um eine öffentlich-rechtliche Verleihung, etwa echte Konzessionen oder Privilegien handeln^{79) 80)}. Eine solche kennt das westdeutsche El. Recht jedoch nicht. Die "Konzessions"-Verträge tragen, wie bereits festgestellt, privatrechtlichen Charakter, bei welchen selbst die konzedierende Gebietskörperschaft als Unternehmen i. S. des westdeutschen Kartellrechtes auftritt⁸¹⁾. Gerade § 103 Abs. 1 GWB zeigt, daß den öVU keine besonderen und ausschließenden Rechte seitens des Staates oder nachgeordneter Gebietskörperschaften gewährt worden sind, sondern lediglich etwa bestehende privatrechtliche Kartellverträge vom Kartellverbot ausnehmen. Die kartellrechtliche Sonderbehandlung wird deshalb nicht als "besonderes Recht" i. S. des Art. 90 Abs. 1 EWGV angesehen werden können, weil insoweit das Kartellrecht des EWGVs eingreift, der o. a. Zweck der Vertragsvorschrift also gar nicht zum Tragen kommen kann. Auch die energierechtlichen Vorschriften, insbesondere § 5 EnG, welcher lediglich eine einfache fachbehördliche Genehmigung für die öffentliche ElV verlangt, können nicht als Grundlage für besondere oder ausschließliche Rechte i. S. des Art. 90 Abs. 1 EWGV angesehen werden.

Soweit die öffentliche Hand keinen bestimmenden Einfluß auf die privatrechtlichen westdeutschen öVU ausüben können, kann Art. 90 Abs. 1 EWGV nicht angewandt werden.

Art. 90 Abs. 1 EWGV dürfte zwar unmittelbar keine Bedeutung für die nationalen Wirtschaftsordnungen haben, weil er lediglich konkrete interne Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder der nachgeordneten Gebietskörperschaften i. R. einer bestehenden besonderen oder ausschließlichen Rechtsstellung der öVU, nicht aber diese Stellung als solche berührt. Dennoch dürfte der staatliche Einfluß in den betreffenden öVU nicht mehr im Widerspruch zu den Bestimmungen und Zielen des EWGV geltend gemacht werden. Auf diese Weise erfährt - trotz der schwierigen Nachweisbarkeit des tatbestandlichen Verhaltens - die Liberalisierung der El. Wirtschaft eine weitere Stärkung und Sicherung.

5. Das Verbot staatlicher Beihilfen

Ebenfalls weniger für die nationalen El. Wirtschaftsordnungen als für die Normalisierung des zwischenstaatlichen el. wirtschaftlichen Wettbewerbs bedeutsam sind die Art. 92 ff., welche die staatlichen Beihilfen betreffen.

Nach Art. 92 Abs. 1 EWGV sind mit dem Gemeinsamen Markt alle

staatlichen oder aus staatlichen Mitteln gewährten Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, unvereinbar soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Unter dem nicht definierten Begriff "Beihilfe" sind alle unmittelbaren und mittelbaren Zuwendungen des Staates an einzelne Unternehmen oder Wirtschaftszweige zu verstehen, so nicht zurückzahlende Zuschüsse, zinslose Darlehen oder Zinsverbilligungen und Bürgschaften zu nicht marktüblichen Bedingungen, Subventionen anderer Art. Dies gilt nicht nur für z. B. Anleihen der Fonds d'amortissements des charges d'électrification, die finanziellen Hilfen der französischen Energiekasse und den staatlichen Ausgleich etwaiger defizitärer Jahresbilanzen der EDF, also wirtschaftliche Beihilfen, wie sie in dieser oder jener Form jedes rein öffentliche Unternehmen, insbesondere auch Regiebetriebe in Frankreich und der BR, erhalten. Für die öffentlichen Unternehmen ist auch der mögliche oder tatsächliche Rückhalt in den staatlichen Budgets ein großer Wettbewerbsvorteil, welcher ein risikoloses Disponieren erlaubt, ohne bei einer Expansion eine ordentliche Dividentenpflege unterhalten zu müssen. Alle diese Beihilfen dürfen von den Mitgliedstaaten an ihre el. wirtschaftlichen Unternehmen nicht gewährt werden, sofern sie den zwischenstaatlichen Wettbewerb verfälschen, also den Wirtschaftsablauf zum Nachteil eines Teils der Unternehmen beeinflussen ⁸²⁾. Gemäß Art. 94 EWG kann die Kommission alle zweckdienlichen DVOn zu den Art. 92 und 93 (Verfahren) erlassen.

6. Die steuerlichen Vorschriften

In Ergänzung zu den Vorschriften der Art. 92 bis 94 EWGV enthalten die Art. 95 ff. Vorschriften, nach welchen die Mitgliedstaaten auf Waren anderer Mitgliedstaaten weder unmittelbar noch mittelbar höhere inländische Abgaben aller Art erheben sollen, als sie gleichartige inländische Waren unmittelbar oder mittelbar zu tragen haben (Art. 95 Abs. 1). Ferner sollen sie auf Waren aus anderen Mitgliedstaaten keine inländischen Abgaben erheben, die geeignet sind, andere Produktionen mittelbar zu schützen.

Diese Bestimmung soll die Beeinträchtigung der Wettbewerbslage auf dem Markt eines Mitgliedstaates für die Unternehmen der übrigen Mitgliedstaaten durch steuerliche Maßnahmen verhindern. Die Anwendung der Vorschrift dürfte in der Praxis jedoch erhebliche Schwierigkeiten machen, zumal in den einzelnen Mitgliedstaaten selbst nicht immer einheitliche steuerliche Belastungen für vergleichbare el. wirtschaftliche Leistungen gegeben

sind. So werden in der BR z. B. die V. Unternehmen der öffentlichen Hand gegenüber den Privatunternehmen begünstigt ⁸³⁾).

Die Art. 96 ff. enthalten zusätzlich eine Regelung über die Grenzen der Rückvergütung von inländischen Abgaben beim Warenexport ⁸⁴⁾.

Auch die Art. 95 ff. EWGV, welche eine nationale steuerliche Gleichbehandlung inländischer Waren gegenüber ausländischen herbeiführen soll, zielt ebenso wie die Art. 90 Abs. 1, 92 ff. und 95 ff. EWG lediglich auf einen kostenechten zwischenstaatlichen Wettbewerb ab, haben also auch keine direkte Bedeutung für die nationale El. Wirtschaftsordnung. Sie bestätigen aber indirekt den kostenorientierten el. wirtschaftlichen zwischenstaatlichen Wettbewerb, mit welchem eine staatliche Monopolisierung und Preisgestaltung nicht vereinbar ist.

7. Die Angleichung der Rechtsvorschriften

Ein bedeutsames Mittel für die Herbeiführung eines gemeinsamen El. - Marktes ergibt sich aus den Art. 100 ff. EWGV. Art. 100 Abs. 1 EWGV gibt dem EWG-Rat die Möglichkeit, auf Vorschlag der Kommission einstimmig Richtlinien für die Angleichung derjenigen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten zu erlassen, die sich unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken. Diese Richtlinien können gemäß Art. 189 Abs. 3 EWGV nur das Ziel festlegen, nicht aber die Einzelbestimmungen. Es ist nur eine Annäherung i. S. einer inhaltlichen Gleichheit möglich ⁸⁵⁾. Art. 100 Abs. 1 EWGV könnte dennoch insbesondere für das Konzessionsrecht erhebliche Bedeutung erlangen, obwohl die Art. 100 ff. keine ausreichende Grundlage für eine generelle Rechtsangleichung ganzer Rechtsgebiete abgeben dürften, sondern nur zu einer Einzelprüfung der jeweils in Rede stehenden konkreten Vorschrift und ihrer Auswirkungen ⁸⁶⁾. Darüberhinausgehende Rechtsangleichungen bedürfen besonderer Abkommen ⁸⁷⁾.

Art. 101 EWGV betrifft die Beseitigung vorhandener Verzerrungen. Sofern die Kommission feststellen kann, daß die vorhandenen Unterschiede in den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten die Wettbewerbsbedingungen auf dem gemeinsamen El. Markt verfälschen und dadurch eine Verzerrung ⁸⁸⁾ hervorrufen, die zu beseitigen ist, so wird sie mit den betreffenden Mitgliedstaaten in Beratungen eintreten. Führen diese Beratungen nicht zur Beseitigung dieser Verzerrung, so kann der Rat während der ersten Stufe einstimmig und danach mit qualifizierter Mehrheit auf Vorschlag der

Kommission die erforderlichen Richtlinien erlassen. Die Kommission und der Rat können zudem alle sonstigen in dem EWGV vorgesehenen zweckdienlichen Maßnahmen treffen (Art. 101 Abs. 1 und 2 EWGV).

Art. 102 endlich schreibt jedem Mitgliedstaat vor, sich mit der Kommission ins Benehmen zu setzen, wenn zu befürchten ist, daß der Erlaß oder die Änderung einer Rechts- oder Verwaltungsvorschrift eine Verzerrung i. S. des Art. 101 verursacht. Wann eine derartige Verzerrung zu befürchten ist, dürfte allerdings schwer zu beweisen sein ⁸⁹⁾.

Im Ergebnis wird sich jedoch auf dem Gebiet der ELV eine Ausschaltung nationaler Diskriminierungen und wettbewerblicher Verzerrungen nur durch eine gemeinsame EL. Wirtschaftsordnung, welche über die Art. 100 ff. EWGV nicht geschaffen werden kann, herbeiführen lassen.

III. DER WETTBEWERBSRECHTLICHE EINFLUSS AUF DIE NATIONALEN ELEKTRIZITÄTSWIRTSCHAFTSORDNUNGEN

1. Der Anwendungsbereich der wettbewerbsrechtlichen Vorschriften

Die o. wiedergegebenen Bestimmungen haben die Aufgabe, die äußeren Voraussetzungen für einen allein an den wirtschaftlich erheblichen Gegebenheiten orientierten zwischenstaatlichen Wettbewerb im Gemeinsamen Markt zu schaffen.

Die Wirksamkeit des bestehenden bzw. so geschaffenen supranationalen Marktes sollen die Wettbewerbsregeln der Art. 85 ff. und 91 EWGV, welche wettbewerbsbeschränkende Kartelle, den Monopolmißbrauch und das Dumping verbieten, gewährleisten ⁹⁰⁾. Normpflichtig sind hier nicht die Mitgliedstaaten, sondern die Marktteilnehmer.

a) Die sachliche Begrenzung des EWG-Wettbewerbsrechts

Die Zielsetzung der Art. 85 ff. und 91 EWGV ist beschränkt. Die Vorschriften sind nur anwendbar, wenn die Handlungen auf dem Markt geeignet sind, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen ⁹¹⁾. Der rein binnenstaatliche Wettbewerbsschutz obliegt weiterhin dem nationalen Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen, sofern dies vorhanden ist. Die Art. 85 ff. EWGV schaffen also kein allgemeines europäisches Wettbewerbsrecht, sondern lediglich Schutzbestimmungen für den privatrechtlichen zwi-

ischenstaatlichen Handelsverkehr ⁹²⁾.

b) Das Verhältnis der Art. 85 ff. EWG-Vertrag zum nationalen Wettbewerbsrecht

Erfüllen wettbewerbliche Handlungen sowohl den Tatbestand der Art. 85 ff. EWGV als auch national-rechtlicher Wettbewerbsvorschriften, so muß entsprechend der unterschiedlichen Rechtsschutzziele, d. h. der Wahrung der nationalen Wettbewerbsordnung bzw. der Wahrung eines wirtschaftlich unverzerrten zwischenstaatlichen Wettbewerbs ⁹³⁾, nach beiden Rechtskreisen unabhängig voneinander geprüft werden ⁹⁴⁾.

aa) Das westdeutsche Recht zum zwischenstaatlichen Elektrizitätsverkehr

Mangels energierechtlicher Regelung des regen westdeutschen privatrechtlichen zwischenstaatlichen El. Verkehrs, welcher nach dem AußenwirtschaftsG ⁹⁵⁾ bei der Ausfuhr frei aber beschränkbar, und bei der Einfuhr nach Maßgabe der Einfuhrliste ohne Genehmigung zulässig ist (§ 10) ⁹⁶⁾, gelten die allgemeinen Vorschriften des GWB zum Schutze des deutschen el. rechtlichen Binnenmarktes ⁹⁷⁾ insoweit, als sich die Wettbewerbshandlungen auf dem deutschen Markt auswirken, gleichgültig, ob sie außerhalb der BR veranlaßt werden oder nicht (§ 98 Abs. 2 GWB). Reine Exportkartelle (§ 6) der westdeutschen el. wirtschaftlichen Unternehmen unterfallen nicht dem Kartellverbot; Importkartelle (§ 7 GWB) können erlaubt werden, wenn die deutschen Importeure einem ausländischen Unternehmen, etwa der EDF, gegenüberstehen. Der als verwaltungsrechtliche Kollisionsnorm unabdingbare § 98 Abs. 2 GWB gewährleistet so z. B. die Anwendung des § 26 Abs. 2 GWB gegen Praktiken der EDF im französisch-deutschen El. Verkehr gegenüber deutschen el. wirtschaftlichen Unternehmen. Marktordnungsverträge i. S. des § 103 Abs. 1 GWB dürften zumindest insoweit nach deutschem Kartellrecht Bestand haben, als ihr el. wirtschaftlich erwünschte Rationalisierungseffekt bei deutschen Unternehmen eintritt ⁹⁸⁾. Da § 103 GWB der Leistungsfähigkeit der westdeutschen ElV dienen soll, dürften auch binnenmarktbezogene Verträge ausländischer Unternehmen i. S. des § 103 Abs. 1 GWB dann von den §§ 1, 15 und 18 GWB ausgenommen sein, wenn der Rationalisierungseffekt bei einem ausländischen el. wirtschaftlichen Unternehmen eintritt, welches an der deutschen ElV wesentlich beteiligt ist ⁹⁹⁾. Wegen der wegrechtlichen Ausschließlichkeitsverträge ¹⁰⁰⁾ dürften in praxi lediglich westdeutsche öVU, nicht aber iEer am zwischenstaatlichen El. Verkehr teilnehmen können ¹⁰¹⁾.

bb) Das französische Recht zum zwischenstaatlichen Elektrizitätsverkehr

Die im SN-Lastenheft statuierten el. rechtlichen Bindungen des SN beim Abschluß und der Gestaltung von Parallelverkehrsverträgen beschränken sich auf die el. wirtschaftliche Tätigkeit im Konzessionsgebiet, also im französischen Territorium. Der zwischenstaatliche El. Verkehr ist nicht geregelt.

Art. 27 G 19 verbietet unter Ausnahmeverbehalt den Export hydraulisch erzeugter Energie. Art. 10 der VO v. 30.10.1935 verlangt für den Im- und Export thermisch erzeugter Energie eine Genehmigung ¹⁰²⁾. Der EDF ist in großem Umfang dieses internationalen El. Verkehrs auf der Basis einzelner Verträge mit ausländischen el. wirtschaftlichen Unternehmen genehmigt worden.

Es ist zweifelhaft, ob für diesen zwischenstaatlichen El. Verkehr, für welchen keine weiteren el. rechtlichen Vorschriften bestehen, das französische Kartell- und Monopolrecht der PreisVO Anwendung findet. Zwar ist der sachliche Anwendungsbereich der Art. 419 Code Penal und 59^{bis} PreisVO umfassend ¹⁰³⁾. Art. 62 PreisVO nimmt jedoch die gesamte direkte und über Kommissionare durchgeführte Ausfuhr von den Vorschriften des Art. 59^{bis} PreisVO aus. Der französische Gesetzgeber will ebensowenig wie der westdeutsche (§ 6 GWB) den internationalen Wettbewerbsmarkt schützen und die inländischen Unternehmen in ihrer Bewegungsfreiheit nicht mehr einschränken als die konkurrierenden ausländischen Unternehmen eingeschränkt sind. Dennoch ist Art. 62 PreisVO wie § 6 GWB eng auszulegen und nicht anwendbar, wenn die Ware an Ausländer verkauft wird, ohne daß sie Frankreich verläßt oder wenn z. B. die Exportkartelle oder Exportpraktiken beherrschender Unternehmen nachteilige Rückwirkungen auf den französischen Markt haben ¹⁰⁴⁾. Art. 61 PreisVO sieht ebenso für die innerfranzösischen marktbeeinflussenden Maßnahmen beim Import Sonderregelungen vor (ähnlich § 7 GWB) ¹⁰⁵⁾. Eine dem § 98 Abs. 2 GWB entsprechende Vorschrift über die extraterritorialen Wirkungen des französischen Monopol- und Kartellrechtes besteht jedoch nicht. Eine solche Regelung war bei Erlaß des Gesetzes auch nicht erforderlich, da der gesamte Import grundsätzlich untersagt und in jedem Einzelfall besonderer staatlicher Genehmigung bedurfte, welche auch eine Preiskontrolle ermöglichte. Die französische RSpr und Literatur hat sich daher bis heute - soweit ersichtlich - mit dieser Frage noch nicht befaßt ¹⁰⁶⁾. Eine dem § 98 Abs. 2 GWB entsprechende Fragestellung entstand erst im Zuge der Import-Liberalisierung, insbesondere i. R. der EWG. Wenn van Hecke meint, aus der Regelung des Art. 62 PreisVO ließe sich *argumento e contra-*

rio entnehmen, die PreisVO wolle alle, auch außerhalb Frankreichs abgeschlossenen Kartelle, welche Inlandswirkungen haben, regeln ¹⁰⁷⁾, so kann dies wegen der Eigenart des französischen Außenhandelsrechts nicht recht überzeugen. Auch die Tatsache, daß die meisten europäischen Staaten eine dem § 98 Abs. 2 GWB entsprechende Regelung kennen ¹⁰⁸⁾, reicht nicht zur Begründung aus, es sei denn, man könnte eine Gesetzeslücke mangels anderweitiger Anhaltspunkte i. S. eines durch Rechtsvergleichung ermittelten internationalen Rechtsstandards ausfüllen. Ob hier die extraterritoriale Wirkung des französischen Kartellrechts angenommen oder aber mit Kleeberg ¹⁰⁹⁾, welcher allerdings zur Bekämpfung extraterritorialer Kartelle etwas abwegig auf die Havana Charter verweist ¹¹⁰⁾, abgelehnt wird, ist z. Zt. für den internationalen französischen El. Verkehr indessen wohl solange unerheblich, als aufgrund des G 19 und der VO v. 30.10.1935 ein grundsätzliches Außenhandelsverbot mit behördlicher Genehmigungsmöglichkeit für den Einzelfall besteht und insoweit das Kartellrecht durch eine *lex specialis* ausgeschlossen ist.

cc) Die Zweischranken-Theorie

Im Gegensatz zum zwischenstaatlichen El. Verkehr der EDF kann derjenige der westdeutschen el. wirtschaftlichen Unternehmen im Einzelfall sowohl dem GWB als auch dem EWGV unterfallen. Nach einhelliger Auffassung finden die Vorschriften kumulativ Anwendung (Zweischranken-Theorie) ¹¹¹⁾. Die EWG-Kommission kann ihre Genehmigung erteilen, ohne auf das Erfordernis einer Genehmigung im nationalen Recht Rücksicht zu nehmen. Umgekehrt werden aber die nationalen Behörden ihre Genehmigung wegen der Bedeutung der Art. 85, 86 EWGV für den Binnenmarkt nicht ohne Rücksicht auf die Entscheidungen der Kommission erteilen dürfen ¹¹²⁾. Allerdings bleibt den nationalen Behörden aufgrund der VO Nr. 17 über die Anwendung der Art. 85 und 86 EWGV v. 30.12.1961 ¹¹³⁾ im Grunde kein Raum für eine eigene Anwendung des EWG-Wettbewerbsrechtes ¹¹⁴⁾.

Die EWG-Kommission unterrichtet die zuständigen nationalen Behörden gemäß Art. 10 Nr. 1 der 17. DVO durch Übersendung von Abschriften der Schriftstücke über die Vorgänge.

2. Der Einfluß des EWG-Wettbewerbsrechtes auf die französische Elektrizitätswirtschaftsordnung

Die Art. 85 ff. EWGV sollen und können keinen Wettbewerb schaffen, sie sollen ihn nur gewährleisten; die Kommission kann nicht unter Hinweis auf die Art. 85 ff. EWGV auf einem Kartellverbot bestehen, solange sie selbst nicht in der Lage ist, die angestrebte Wettbewerbsfreiheit zu sichern ¹¹⁵⁾.

Wie wir bereits feststellten, ist die französische El. Wirtschaft dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht zugänglich, da die El. Erzeugung, der Transport und die Verteilung bis auf hier nicht erhebliche Ausnahmen zum Monopol der EDF erklärt wurden. Im innerfranzösischen El. Markt bestehen daher auch für ausländische öVU oder iEEr keine Absatzmärkte bzw. Bezugsquellen, solange das Monopol besteht. Der Abbau des Im- und Exportmonopols des SN allein kann keine merkliche Änderung herbeiführen.

Nach dem derzeitigen französischen El. Recht könnten nur die Im- und Exportverträge des SN den Art. 85 ff. EWGV unterfallen. Dadurch wird die bestehende französische El. Wirtschaftsordnung jedoch nicht berührt ¹¹⁶⁾.

3. Der Einfluß des EWG-Wettbewerbsrechtes auf die Elektrizitätswirtschaftsordnung in der Bundesrepublik

Einen wesentlich größeren Einfluß könnte das EWG-Wettbewerbsrecht auf die westdeutsche El. Wirtschaftsordnung ausüben, da diese in der Regel auf privatrechtlichen Marktordnungsverträgen beruht.

Allerdings dürften die Art. 7, 86 und 91 EWGV das el. wirtschaftliche Strukturrecht nicht berühren. Art. 7 erfaßt zwar die gesamte westdeutsche El. Wirtschaft. Die Kartellverträge i. S. des § 103 Abs. 1 GWB schützt sie jedoch ohnehin nicht gegen ausländische Konkurrenten, um den Markt inländischen Wettbewerbern vorzubehalten, sondern um schlechthin für die jeweiligen V.Gebiete für die Vertragsdauer Konkurrenten auszuschalten. Wenngleich die el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträge den überregionalen Handel, auch zwischen einzelnen Mitgliedstaaten, beeinträchtigen sollte, so ist gleichwohl der Tatbestand des Art. 7 nicht erfüllt.

Das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV für beherrschende Unternehmen im zwischenstaatlichen Handelsverkehr verbietet lediglich den Mißbrauch der beherrschenden Marktstellung und greift grundsätzlich nicht in die bestehende Marktstruktur ein. Es ist aus diesem Grunde hier ohne Bedeutung.

Dasselbe gilt für Art. 91 EWGV, welcher Dumping-Praktiken betrifft. Diese allein auf den zwischenstaatlichen Handel bezogene Vorschrift ist für den innerstaatlichen Aufbau der El. Wirtschaft belanglos.

a) Das Kartellverbot

Art. 85 Abs. 1 EWGV scheint dagegen für die Struktur der westdeutschen El. Wirtschaft von weitreichender Wirkung zu sein. Er lautet:

"1. Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere

- a) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen;
 - b) die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen;
 - c) die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen;
 - d) die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
 - e) die an den Abschluß von Verträgen geknüpfte Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.
2. Die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen oder Beschlüsse sind nichtig".

Diese Bestimmung scheint nicht nur die nationalen und internationalen Im- und Exportkartelle, sondern auch alle im Anwendungsbereich des EWGV abgeschlossenen innerdeutschen Marktordnungsverträge zu verbieten.

aa) Die Tatbestandsmäßigkeit grenznaher Marktordnung

Als "Unternehmen" i. S. dieser Vorschrift ist jedes el. wirtschaftliche Unternehmen unabhängig von seiner Rechtsform ¹¹⁷⁾ und Eigentumsverhältnisse ¹¹⁸⁾, ferner seiner Eigenschaft als von der Verwaltung mittelbar oder gar unmittelbar geführte Regiebetriebe und "beliehene" Unternehmen ¹¹⁹⁾. Auch der Staat, die Provinzen bzw. Länder und Gemeinden können, insbesondere als Wegeeigentümer "Unternehmen" sein ¹²⁰⁾. Es ist ohne Belang, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt ¹²¹⁾.

Die el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträge sind auch "Vereinbarungen" i. S. des Art. 85, zumindest aber "Beschlüsse" oder "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen". Unter Vereinbarungen sind bürgerlich-rechtliche Verträge ¹²²⁾ - und zwar sowohl horizontale als auch vertikale Kartelle ¹²³⁾ - zu verstehen.

Diese Kartelle müssen den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sein. Der Handel erfaßt hier nicht nur den Güteraus-
tausch, sondern auch Dienstleistungen ¹²⁴⁾. Die Definition der Dienstleistung des Art. 60 EWGV ist hier wegen des anderen Zusammenhanges nicht maßgebend ¹²⁵⁾.

Ein zwischenstaatlicher Handel liegt immer dann vor, wenn der Geschäftsverkehr die Grenzen eines Mitgliedstaates überschreitet; es genügt der Handel zwischen 2 beliebigen Mitgliedstaaten ¹²⁶⁾.

"Beeinträchtigen" bedeutet, daß objektiv zumindest mittelbar die Handlung zur Beeinträchtigung geeignet ist ¹²⁷⁾. Einerseits genügt die Möglichkeit negativer Beeinflussung ¹²⁸⁾, d. h. Ablenkung des Warenstroms in der Intensität oder Richtung von rein wirtschaftlich bedingten Wegen ¹²⁹⁾. Andererseits muß, wie besonders aus dem holländischen Wortlaut eindeutig hervorgeht ("ongunstig ... beïnvloeden"), eine fühlbare ¹³⁰⁾, ungünstige ¹³¹⁾ Beeinflussung vorliegen.

Die Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen müssen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Ob eine solche Maßnahme bezweckt ist, muß nach objektiven Kriterien beurteilt werden ¹³²⁾; die Wettbewerbsbeschränkung muß das Motiv der Maßnahme sein.

Es ist zweifelhaft, ob die vorgenannten Voraussetzungen bei den Marktordnungsverträgen der westdeutschen El. Wirtschaft im einzelnen erfüllt sind.

Der zwischenstaatliche El. Verkehr über zumindest die Grenzen zweier Mitgliedstaaten gehört danach wohl zum "Handel" zwischen den Mitgliedstaaten". Die Verträge des § 103 Abs. 1 GWB sind aber gerade auf die Ordnung des reinen Binnenmarktes gerichtet. Im grenzfernen Innern der BR dürften sie auch ungeeignet sein, den zwischenstaatlichen El. Verkehr zu beeinflussen, es sei denn, es wären Großverbund-Unternehmen beteiligt, welche Verbundleitungen bis zur Grenze anderer Mitgliedstaaten unterhalten. Die große Zahl westdeutscher el. wirtschaftlicher Marktordnungsverträge dürfte aus diesem Grunde von Art. 85 Abs. 1 EWGV unberührt bleiben. Anderes könnte für die Verträge zwischen grenznahen westdeutschen el. wirtschaftlichen Unternehmen gelten. Hier ist nach den einzelnen Vertragstypen zu unterscheiden.

Die Demarkationsabreden enthalten regelmäßig die in Art. 85 Abs. 1 lit. c EWGV erwähnte Marktaufteilung für das jeweilige V. Gebiet. Daß der beeinflusste Markt hier lediglich ein lokaler bzw. regionaler und der Anteil der von der Wettbewerbsbeschränkung betroffenen el. Energie und des El. Transportes im Vergleich zum Gesamtumfang des zwischenstaatlichen El. Verkehrs gering ist bzw. sein kann, steht der Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1 EWGV nicht im Wege ¹³³⁾, zumal die Wettbewerbsbeschränkung nicht sehr erheblich zu sein braucht ¹³⁴⁾.

Die Demarkationsabreden wirken jedoch nur zwischen den Vertragsbeteiligten, sie können also den zwischenstaatlichen El. Verkehr nur beeinträchtigen, wenn der Vertrag Gebiete verschiedener Mitgliedstaaten zum Gegenstand hat ¹³⁵⁾ ¹³⁶⁾. Allerdings wird in diesem Fall zu prüfen sein, ob hier nicht schon aus tatsächlichen Gründen, z. B. aufgrund wegrechtlicher Hindernisse ¹³⁷⁾ der zwischenstaatliche El. Verkehr ohnehin unmöglich oder wesentlich erschwert ist.

Bei Grenzmengenabkommen, ausschließlichen Bezugsabreden, Erzeugungsverböten und -beschränkungen gilt grundsätzlich dasselbe; diese Abreden dürften noch seltener geeignet sein, den zwischenstaatlichen El. Verkehr zu berühren ¹³⁸⁾.

Die Konzessionsverträge, d. h. die ausschließlichen Wegenutzungsverträge der el. wirtschaftlichen Unternehmen mit den Gebietskörperschaften, welche hier ebenfalls als "Unternehmen" zu betrachten sind ¹³⁹⁾ (§ 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB), wirken anders als die Demarkationsabreden gegenüber jedermann. Sie schließen daher in grenznahen Gebieten, d. h. potentiellen V. Gebieten el. wirtschaftlicher Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, den zwischenstaatlichen El. Verkehr insoweit aus. Allen Kon-

zessionsverträgen über öffentliche Wege in Grenznähe ist daher die Beeinträchtigung zwischenstaatlichen El. Verkehrs immanent, soweit dieser nicht schon aus anderen Gründen ausgeschlossen ist. Diese Wirkung ist zumindest mit bezweckt. Die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 1 EWGV liegen hier meist vor ¹⁴⁰⁾.

Die Preisbindungsklauseln (§ 103 Abs. 1 Ziff. 3 GWB) dürften dann und insoweit den Art. 85 Abs. 1 lit. a EWGV verletzen, als dadurch el. wirtschaftliche Unternehmen auf potentiellen Märkten von el. wirtschaftlichen Unternehmen anderer Mitgliedstaaten, d. h. in den westdeutschen oder anderen mitgliedstaatlichen Grenzgebieten in ihrer Preisgestaltung gebunden werden und dadurch der Wettbewerb mit dritten Unternehmen beeinträchtigt werden kann und dies auch bezweckt oder tatsächlich bewirkt wird. Derartige Fälle werden schon deshalb kaum praktisch werden, weil eine Festsetzung von Höchstpreisen regelmäßig einen Wettbewerb nicht beschränken kann, sondern ihn im Gegenteil fördern wird.

Die sog. Verbundverträge (§ 103 Abs. 1 Ziff. 4 GWB), deren typischer Inhalt die Gründung einer neuen Gesellschaft und die Verpflichtung der Gesellschafter untereinander und der neuen Gesellschaft, entweder die von ihr erzeugte Energie nur an die Gesellschafter abzugeben, oder die von den Gesellschaftern erzeugte Energie ausschließlich oder bevorzugt abzunehmen, dürfte ebenfalls die Erfordernisse des Art. 85 Abs. 1 EWGV erfüllen, wenn Vertragsbeteiligte ihren Sitz außerhalb der BR haben oder wenn dadurch interessierte Unternehmen anderer Mitgliedstaaten vom El. Bezug oder der El. Einspeisung ausgeschlossen würden ¹⁴¹⁾.

bb) Die Einschränkung des Kartellverbotes durch Art. 85 Abs. 3 EWGV

Das Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV kann von der EWG-Kommission i. R. des Abs. 3 für nicht anwendbar erklärt werden. Dieser Absatz lautet:

"3. Die Bestimmungen des Absatzes 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

- Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen
- Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen

- aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

- a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder
- b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten".

Die Anwendung dieser Bestimmung setzt eine entsprechende konstitutive ¹⁴²⁾, von Amts wegen ergehende ¹⁴³⁾ Entscheidung der Kommission voraus. Bisher ist dies in der El. Wirtschaft nicht geschehen.

In der Regel ist für eine derartige Freistellungserklärung nach Art. 4 Abs. 1 der VO Nr. 17 eine vorherige Anmeldung der Marktordnungsverträge durch einen oder mehrere Beteiligte nicht notwendig, da Art. 4 Abs. 2 der VO Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von der Regelung des Abs. 1 ausnimmt, "wenn

- 1) an ihm nur Unternehmen aus einem Mitgliedstaat beteiligt sind und die Vereinbarungen, Beschlüsse oder Verhaltensweisen nicht die Ein- oder Ausfuhr zwischen Mitgliedstaaten betreffen oder
- 2) an ihnen nur 2 Unternehmen beteiligt sind und die Vereinbarungen lediglich
 - a) einen Vertragsbeteiligten bei der Weiterveräußerung von Waren, die er von dem anderen Vertragsbeteiligten bezieht, in der Freiheit der Gestaltung von Preisen oder Geschäftsbedingungen beschränken.

.....

Diese Vereinbarungen, Beschlüsse und Verhaltensweisen können bei der Kommission angemeldet werden" ¹⁴⁴⁾.

Dazu führt die EWG-Kommission im Merkblatt zu Art. 85, 86 EWGV und ihren DurchführungsVO ¹⁴⁵⁾ im 2. Teil unter III aus, daß rein regionale Spezialisierungs- oder Ausschließlichkeitsverträge innerhalb eines Mitgliedstaates, die nur mittelbar die Ein- oder Ausfuhr berühren, oder Preis-

oder Produktionsbeschränkungskartelle zwischen Unternehmen in einem einzigen Mitgliedstaat nicht anzumelden sind, wenn diese Kartelle nicht die Einfuhr oder Ausfuhr betreffen. Diese Voraussetzungen dürften bei den Marktordnungsverträgen der deutschen El. Wirtschaft regelmäßig vorliegen. Hierin kommt zum Ausdruck, daß die EWG-Kommission Kartelle wie die vorliegenden für weniger gefährlich für die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes ansieht ¹⁴⁶.

Nach Art. 1 Abs. 1 lit. a der VO Nr. 19/65 des Rates v. 2.3.65 über die Anwendung von Art. 85 Abs. 3 EWGV auf Gruppen von Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen ¹⁴⁷) kann die Kommission zudem Art. 85 Abs. 3 EWGV auf Gruppen von Vereinbarungen zwischen 2 el. wirtschaftlichen Unternehmen, soweit sich ein Vertragspartner dem anderen gegenüber verpflichtet, innerhalb eines bestimmten V. Gebietes el. Energie nur an ihn zu liefern oder von ihm zu beziehen bzw. zwischen beiden in diesem Sinne ausschließliche Liefer- oder Bezugspflichten vereinbart sind, befristet für nicht anwendbar erklären. Die Kommission hat im Einzelfall also zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 EWGV vorliegen und ob er eine Einzel- oder Gruppenfreistellung vornimmt ¹⁴⁸) ¹⁴⁹).

Gemäß Art. 85 Abs. 3 EWGV müssen die el. wirtschaftlichen Verträge "zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes beitragen". Beide Erfordernisse sind kumulativ zu erfüllen ¹⁵⁰). Die Verbesserung ist durch einen Vergleich mit dem Zustand, der ohne Abschluß der Abrede bestünde, zu ermitteln ¹⁵¹), wobei sie sich z. B. auf die Erzeugungs-, Transport- und Verteilungsrationalisierung bzw. -ausweitung, vermehrtes Angebot, Qualitätssteigerung, Verminderung der Eigenkosten usw. beziehen kann. Wie wir gezeigt haben, sollen gerade die Marktordnungsverträge diesen Zielen dienen ¹⁵²). Die Rationalisierung muß, wie sich aus der Formulierung "beiträgt" ergibt, nicht notwendig der alleinige oder Hauptzweck und ausschließlich durch ihn bewirkt sein ¹⁵³); es genügt die objektive Geeignetheit, welche nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen zu beurteilen ist ¹⁵⁴).

Ferner sind die "Verbraucher an dem entstehenden Gewinn" angemessen zu beteiligen. Nach allgemeiner Ansicht ¹⁵⁵) ist der Gewinn jeder "wirtschaftliche Vorteil, welcher durch die Rationalisierung adäquat kausal herbeigeführt und in seiner Art und seinem Umfang bestimmt wird". "Verbraucher" sind alle diejenigen, welche die betreffenden Erzeugnisse gewerblich oder als Letztverbraucher verwenden, ge- oder verbrauchen ¹⁵⁶), mithin alle öVU, iEer und Tarifabnehmer. Eine "angemessene Beteiligung" am zahlenmäßig ohnehin nicht erfaßbaren Gewinn wird man in diesem Fall dann

schon annehmen können, wenn die Verbraucher Nutznießer einer möglichst billigen und sicheren EIV sind ¹⁵⁷⁾.

Art. 85 Abs. 3 EWGV enthält noch zwei negative Anforderungen, welche trotz des "oder" wie die positiven kumulativ vorliegen müssen ¹⁵⁸⁾.

Nach der ersten dürfen die el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträge den beteiligten Unternehmen keine Beschränkung auferlegen, "die für die Verwirklichung der genannten Rationalisierungsvorteile nicht unerlässlich sind". Es ist also eine Abwägung der angestrebten Rationalisierungswirkung mit der Beschränkung nach dem Grundgedanken des Abs. 3 erforderlich ¹⁵⁹⁾. Die wettbewerbsbeschränkende Abrede ist daher nur zuzulassen, wenn objektiv ¹⁶⁰⁾ ihre positiven Wirkungen volkswirtschaftlich die durch die Beschränkung des Wettbewerbs bedingten Nachteile überwiegen ¹⁶¹⁾. Die Marktordnungsverträge sollen nur dazu dienen, die Erzeugungs- und Verteilungsverhältnisse für die el. Energie zu verbessern, ohne daß den Beteiligten durch diese Vereinbarungen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Erreichung dieses Zweckes nicht unerlässlich sind. Allerdings kann der EurGH über die wirtschaftliche Auswirkung der Verträge i. S. des § 103 Abs. 1 GWB durchaus anderer Auffassung als der nationale Gesetzgeber sein, zumal in den Benelux-Staaten derartige Marktordnungsverträge nicht für unbedingt erforderlich angesehen wurden und auch in der BR die Meinungen insbesondere über die wirtschaftliche Bedeutung und Auswirkung der Demarkations- und Konzessionsverträge auseinandergehen.

Nach der zweiten negativen Voraussetzung des Abs. 3 dürfen die wettbewerbsbeschränkenden Rationalisierungsabreden den beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit eröffnen, "für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten". Die "betreffenden Waren" werden durch die wirtschaftliche Austauschbarkeit des jeweiligen Marktes abgegrenzt, beziehen sich hier also auf die Teilmärkte der Zus/ResV, Industriestrom-Einspeisung und Transport ¹⁶²⁾.

Unter "wesentlichem Teil" der betreffenden Ware wird allgemein der räumliche Marktbereich verstanden, wo die Abrede einen fühlbaren Einfluß ausübt ¹⁶³⁾. Hierbei kommt es auf die Struktur der El. Wirtschaft, die Größe der beteiligten Unternehmen und die Zahl und Stärke der Wettbewerber an ¹⁶⁴⁾, weniger auf den rein quantitativen, prozentualen Marktanteil. Nach dem klaren Wortlaut ist auch die Größe des beeinflussten Marktes unerheblich. Deshalb genügt wohl schon der el. wirtschaftliche Markt eines einzelnen öVU bzw. die V.Gebiete der durch die Kartellabreden zusammenarbeitenden el. wirtschaftlichen Unternehmen. Aufgrund der Marktordnungsver-

träge kann aber, muß jedoch nicht notwendig der Wettbewerb innerhalb einzelner durch die Abreden räumlich geschützter V. Gebiete der Wettbewerb "ausgeschlossen", d. h. völlig oder nahezu aufgehoben werden ¹⁶⁵). Art. 85 Abs. 3 EWGV ist daher nur äußerst selten anwendbar ¹⁶⁶).

Die Nichtigkeit der Kartelle nach Art. 85 Abs. 2 EWGV wäre aber nach der Auffassung des EurGH erst anzunehmen, wenn der Antrag auf Freistellung (Art. 4 der VO Nr. 17) unanfechtbar abgewiesen ¹⁶⁷) oder wenn mangels Antrages das Kartell von dem EurGH für verboten erklärt worden ist ¹⁶⁸).

b) Die Einschränkung des Wettbewerbsrechtes durch Art. 90 Abs. 2 EWGV

Die Verfasser des EWGV erkannten, daß die Wettbewerbsregeln nicht allen Wirtschaftszweigen gleichermaßen förderlich sein müssen, und bestimmten daher in Art. 90 Abs. 2 EWGV:

"Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften dieses Vertrags, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Gemeinschaft zuwiderläuft".

Nach dieser Vorschrift sollen insbesondere die Wettbewerbsregeln nur dann und insoweit ausgeschlossen werden, als einzelne Wirtschaftszweige aufgrund ihrer allgemeinen Bedeutung für die Gesamtwirtschaft vom Staat an der Allgemeinheit wirtschaftsrechtlich besonders behandelt und einzelnen Unternehmen die wirtschaftlichen Tätigkeiten als "Aufgabe" übertragen worden sind. Ob und welche Wirtschaftszweige dieser Vorschrift unterfallen, entscheidet sich nach dem jeweiligen nationalen Recht der Mitgliedstaaten ¹⁶⁹).

Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf die westdeutsche El. Wirtschaft ist umstritten, während sie bezüglich der französischen El. Wirtschaft allgemein zurecht angenommen wird.

So wird in der BR sogar bezweifelt ¹⁷⁰), ob die el. wirtschaftliche Tätigkeit eine "Dienstleistung" i. S. des Art. 90 Abs. 2 EWGV ist. Zumindest hinsichtlich der El. Lieferung ist indes die EIV "Waren"-Handel i. S. des GATT-Abkommens. Auch wenn der Begriff der "Dienstleistung" des Art. 60

EWGV übernommen würde, fiel die El. Wirtschaft daher in der Regel nicht unter Art. 60, da hier ausdrücklich der Warenverkehr ausgenommen ist. Die Begriffe der "Dienstleistungen" in Art. 60 und 90 EWGV entsprechen sich jedoch nicht ¹⁷¹⁾, wie sich aus dem Zweck der Vorschriften und der Stellung der Regelungen im System des EWGV ergibt ¹⁷²⁾. Art. 60 steht im Kapitel über den Dienstleistungsverkehr, welcher die Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft zum Gegenstand hat. Art. 60 bringt durch seine negative Abgrenzung gegenüber dem freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen klar seine subsidiäre Bedeutung zum Ausdruck. Alle Leistungen, die in anderen Kapiteln geregelt sind, stellen keine Dienstleistungen i. S. des Art. 60 dar ¹⁷³⁾. Dienstleistung i. S. des Art. 90 Abs. 2 EWGV dürfte im Hinblick auf den Wettbewerb auszulegen sein; er ist kein formeller, sondern ein materieller Begriff ¹⁷⁴⁾, welcher dem französischen "service public" ähnelt ¹⁷⁵⁾. Er bezieht sich auf Tätigkeiten von allgemeinem Interesse und ist seiner Zweckbestimmung nach extensiv auszulegen ¹⁷⁶⁾, zumal für Art. 90 Abs. 2 naturgemäß gerade Waren von besonderer Bedeutung sind ¹⁷⁷⁾. Mit der h. M. wird man daher die ElV dazu rechnen müssen ¹⁷⁸⁾.

Äußerst umstritten ist die Frage, ob die el. wirtschaftlichen Unternehmen mit ihrer el. wirtschaftlichen Tätigkeit "betraut" worden sind ¹⁷⁹⁾. Diese im Vertrag nicht näher erläuterte "Betrachtung" erfordert nach allgemeiner Ansicht ¹⁸⁰⁾ eine Verwaltungsmaßnahme, welche nach Deringer ¹⁸¹⁾ nicht nur in einem Einzelakt, sondern auch in einem Gesetz, einer VO oder einem öffentlich-rechtlichen Vertrag bestehen kann. Öffentliche Unternehmen mit besonderen oder ausschließlichen Rechten i. S. des Art. 90 Abs. 1 müssen nicht notwendig zugleich betraute Unternehmen i. S. des Art. 90 Abs. 2 EWGV sein, da im ersten Abs. die Übertragung von Rechten, im zweiten die besonderer öffentlicher Aufgaben maßgeblich ist ¹⁸²⁾. Die Unternehmensbegriffe beider Absätze überschneiden sich daher ¹⁸³⁾, wenngleich sich in den meisten Fällen beide Tatbestände ergänzen, weil die Übertragung öffentlicher Aufgaben in der Regel mit der Gewährung einer besonderen Rechtsstellung verbunden ist ¹⁸⁴⁾, so daß der Anwendungsbereich des Art. 90 Abs. 1 EWGV durch den des Art. 90 Abs. 2 eingeschränkt wird ¹⁸⁵⁾. Andererseits deuten die Wendungen "Betrachtung mit Dienstleistungen von allgemein wirtschaftlichem Interesse", "Übertragung besonderer Aufgaben" darauf hin, daß neben der öffentlichen Verkehrswirtschaft vor allem die V. Wirtschaft zum Anwendungsbereich gehören soll, welche im Ausland meist durch besonderen Hoheitsakt einzelnen - oft nur einem - Unternehmen übertragen wird.

In der BR sind die el. wirtschaftlichen Unternehmen jedoch nicht durch einen besonderen Hoheitsakt mit der el. wirtschaftlichen Tätigkeit "betraut" worden. Auch aus dem Energierecht und dem GWB läßt sich keine hoheitliche Übertragung einer besonderen Aufgabe herleiten. Die Genehmigungspflicht des § 5 EnG reicht nach zurecht h. M. ¹⁸⁶⁾ nicht aus, ebensowenig die Pflicht zur Anzeige, Anmeldung und Mitteilung (§§ 3 und 4 EnG). Etwas anderes kann auch nicht für die §§ 6 und 8 EnG gelten ¹⁸⁷⁾, welche lediglich an einen tatsächlichen, hoheitlich in keiner Weise gestalteten besonderen el. wirtschaftlichen Tatbestand bestimmte Pflichten und andere Rechtsfolgen knüpfen. § 103 Abs. 1 GWB, insbesondere der Tatbestand des "Konzessionsvertrages" i. S. der Ziff. 2, zeigt, daß der westdeutsche Gesetzgeber einen bestehenden, von ihm selbst als privatrechtlich gestalteten wettbewerbsrechtlichen Zustand in der El. Wirtschaft, welcher teilweise gegen die §§ 1, 15 und 18 GWB verstößt, duldet. Hierin kann keine Betrauung gesehen werden ¹⁸⁸⁾. Die Gesamtheit der el. rechtlichen Normen, welche von der Gewerbefreiheit ausgeht, bringt deutlich zum Ausdruck, daß der westdeutsche Gesetzgeber die El. Wirtschaft nicht be- sondern ihr vertraut hat. Er ließ sie bis auf die a. Sonderbestimmungen den übrigen Wirtschaftszweigen gleichgestellt, wenngleich ein volkswirtschaftlich besonderes Interesse an der öffentlichen EIV besteht. Die Gewährleistung einer leistungsfähigen EIV wird durch die Beteiligung der öffentlichen Hand an den el. wirtschaftlichen Unternehmen und durch die besonderen energierechtlichen Eingriffsrechte übernommen. Eine "Betrauung" mit der el. wirtschaftlichen Tätigkeit widerspricht dem geltenden westdeutschen El. Recht. Art. 90 Abs. 2 EWGV ist nicht anwendbar ¹⁸⁹⁾.

Dieses Ergebnis ist allerdings unerfreulich, Soweit nämlich die westdeutschen, dem Kartellverbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV unterfallenden kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände des § 103 Abs. 1 GWB nicht unter Abs. 3 zu subsumieren sind, unterfielen die el. rechtlichen Marktabreden dem Kartellverbot des EWGV, während die El. Wirtschaft z. B. Frankreichs nicht betroffen würde, weil sie über ein gesetzliches Monopol verfügt und im übrigen wegen der hoheitlichen Betrauung dem Tatbestand des Art. 90 Abs. 2 EWGV unterfiele. Das Monopol ist zwar i. R. des Art. 37 Abs. 1 EWGV abzubauen und rechtfertigt sogar während seines Weiterbestehens gemäß Art. 37 Abs. 3 Unterabs. 2 EWGV zu - bisher allerdings noch nicht notwendig gewordenen - Schutzmaßnahmen. Sofern jedoch Frankreich nach dem Abbau dieses Monopols beim gültigen öffentlich-rechtlichen Konzessionsrecht bliebe, bestünde die ungleiche Behandlung französischer und westdeutscher Unternehmen hinsichtlich der Anwendbarkeit des Art. 90 Abs. 2 EWGV weiter. Diese Konse-

quenz ist jedoch von Art. 90 Abs. 2 in Kauf genommen worden, da sie ausdrücklich die bestehende Betrauung eines Unternehmens voraussetzt. Die Vorschrift ermächtigt die Kommission nicht zu einer einheitlichen Festlegung, welche Wirtschaftszweige von ihr erfaßt werden sollen.

Härten dieser unbefriedigenden Regelung können nur über Richtlinien und Entscheidungen der Kommission i. S. des Art. 90 Abs. 3 EWGV ¹⁹⁰⁾ bzw. über eine entsprechend großzügige Auslegung des Art. 85 Abs. 3 EWGV bei der Prüfung der westdeutschen el. wirtschaftlichen Kartelle i. S. des § 103 Abs. 1 GWB vermieden werden.

Selbst wenn jedoch mit der h. M. angenommen würde, die westdeutschen el. wirtschaftlichen Unternehmen seien mit ihrer el. wirtschaftlichen Tätigkeit "betraut", so muß bezweifelt werden, ob die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV i. R. des Abs. 3 ¹⁹¹⁾ auf die Marktordnungsverträge "die Erfüllung der ihnen ... übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert". Eine bloße Erschwerung oder Behinderung der el. wirtschaftlichen Tätigkeit dürfte nicht ausreichen. Es muß für das Unternehmen auch unter Berücksichtigung des Art. 85 Abs. 3 keinen anderen technisch möglichen und rechtlich wie wirtschaftlich zumutbaren Weg geben, seine Tätigkeit ohne Verletzung des Vertrages zu erfüllen ¹⁹²⁾. Wenngleich der westdeutsche Gesetzgeber in § 103 Abs. 1 GWB zum Ausdruck gebracht hat, er wolle die dort genannten Marktordnungsverträge trotz des Kartellverbotes dulden, so kann hieraus keineswegs geschlossen werden, die ElV sei ohne diese Verträge nicht durchzuführen, zumal einige El. Wirtschaftler der Ansicht sind, diese Verträge behinderten die optimale Produktivität der El. Wirtschaft.

Nach allem ist daher davon auszugehen, daß nicht damit gerechnet werden kann, daß der EurGH den Art. 90 Abs. 2 EWGV auf die westdeutsche El. Wirtschaft anwenden wird.

c) Die Bedenken gegen das Verbot elektrizitätswirtschaftlicher Kartelle i. S. des § 103 Absatz 1 GWB

Soweit einzelne Tatbestände des § 103 Abs. 1 GWB trotz des Art. 85 Abs. 3 nach Abs. 1 verboten und nichtig sein sollten ¹⁹³⁾, stellt sich die Frage, ob dies dem Sinn und Zweck des Art. 85 Abs. 1 EWGV entsprechen kann. Diese Vorschrift ist z. Zt. praktisch nur in den Grenzstreifen der Benelux-Staaten und der BR anwendbar. Dies bedeutet nicht nur eine diskriminierende Schlechterstellung der dort tätigen el. wirtschaftlichen Unternehmen gegenüber den übrigen inländischen dieser Länder, sondern auch ge-

genüber den französischen und italienischen, weil diese in ihren V.Gebieten nach den geltenden nationalen Vorschriften weiter geschützt bleiben. Sie könnten aber im genannten Grenzgebiet gegen die dort tätigen als Wettbewerber auftreten, soweit Schutzmaßnahmen i. S. des Art. 37 Abs. 3 EWGV Unterabs. 2 nicht ergriffen oder nicht möglich sind, ohne daß die in diesen Grenzstreifen ansässigen Unternehmen umgekehrt in Italien, Frankreich und grenzfernen innerstaatlichen Gebieten der Benelux-Staaten und der BR mit diesen im Wettbewerb treten könnten. Hier dürfte die Grenze des Anwendungsbereichs des Art. 85 Abs. 1 EWGV erreicht sein. Diese Bestimmung kann nur den zwischenstaatlichen Handel eines einheitlichen freien Marktes schützen, wo also ein freier Wirtschaftsverkehr nicht nur über die mitgliedstaatlichen Grenzen, sondern auch im Innern der einzelnen Mitgliedstaaten besteht. Ist dies nicht der Fall, kann die Vorschrift entgegen seiner Aufgabe künstliche Diskriminierungen schaffen.

Sollte im Ausnahmefall der Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 EWGV, nicht aber die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 EWGV durch einen Marktordnungsvertrag über westdeutsches, grenznahe Gebiet erfüllt sein, so kann das Kartellverbot nur gelten, wenn und soweit dadurch nicht am Kartell beteiligte el. wirtschaftliche Unternehmen wettbewerbliche Vorteile erlangen. So wird sich der SN z. B. nicht unter Berufung auf die Nichtigkeit eines "Konzessionsvertrages" über ein westdeutsches V.Gebiet aufgrund des Art. 85 Abs. 1 und 2 EWGV von Frankreich aus die ELV in diesem Gebiet durchführen können. Andernfalls widerspräche die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV seinem Sinn und Zweck. Ähnlich wie Art. 37 Abs. 1 EWGV hat auch Art. 85 Abs. 1 EWGV keine unmittelbare Änderung der bestehenden el. Wirtschaft in Frankreich bzw. in der BR herbeigeführt. Dies gilt sowohl für den innerstaatlichen als auch den zwischenstaatlichen el. Markt.

B. DER PARALLELVERKEHR ZWISCHEN ÖFFENTLICHEN VERSORGUNGSUNTERNEHMEN UND INDUSTRIELLEN EIGENERZEUGERN NACH DEM EWG-VERTRAG

Wenngleich der EWGV unmittelbar die nationalen El. Wirtschaftsordnungen nicht verändert hat, so könnte er dennoch gerade im zwischenstaatlichen Parallelverkehr bezüglich der Bindung der Abschluß- und Gestaltungs-freiheit der el. wirtschaftlichen Unternehmen - sowohl öVU als auch iEer - Bedeutung erlangen, da hier das nationale El. Recht und meist auch das nationale Kartell- und Monopolrecht nicht anwendbar ist.

I. DIE BINDUNG BEIM VERTRAGSSCHLUSS IM PARALLELVERKEHR

Der EWGV kennt keine einschlägigen el. wirtschaftlich bezogenen Bestimmungen. Es gelten daher die allgemeinen Vorschriften. Als Grundlage eines abschluszwinges kommen hier lediglich die wettbewerbsrechtlichen (Vorschriften in Betracht ¹⁹⁴), welche - wie bereits festgestellt - nur einen sehr begrenzten Anwendungsbereich haben. Sie können nur herangezogen werden, wenn ein privatrechtlich gestaltbarer freier el. wirtschaftlicher Markt besteht. Auch auf diesem Markt sind die Bestimmungen lediglich in einem kleinen Bereich anwendbar, nämlich soweit ein zwischenstaatlicher El. Handel vorhanden oder möglicherweise berührt wird.

Der EWGV kann also - wenn überhaupt - nur Verträge über den zwischenstaatlichen oder den in grenznahen Gebieten der Benelux-Staaten und der BR erfolgenden Parallelverkehr erfassen. Solange in Frankreich und Italien die staatlichen Monopole bestehen, ist in diesen Staaten das EWGV-Wettbewerbsrecht überhaupt nicht anwendbar.

Selbst in diesem sehr begrenzten Anwendungsbereich der EWGV-Vorschriften besteht kein allgemeiner Abschlußzwang. Er kann sich nur in Einzelfällen aus den besonderen Umständen und dem Zweck der jeweiligen Vorschrift ergeben. Als solche Bestimmungen des EWGV könnten hier die Art. 91, 85 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a, 7 und 86 in Betracht kommen.

1. Das Dumping

Der die Dumping-Praktiken, d. h. die Preiskampf-Maßnahmen betreffende Art. 91 EWGV muß für die Frage des Abschlußzwanges im Parallelverkehrs-Bereich zwischen öVU und iEEr schon deshalb außer Ansatz bleiben, weil dieser die Frage, ob ein Unternehmen einen Geschäftsverkehr mit anderen Unternehmen unterhalten muß, gar nicht berührt.

2. Das Kartellverbot

Art. 85 Abs. 1 EWGV verbietet marktbeeinflussende Abreden verschiedener Unternehmen, darunter auch jede Diskriminierung, wenn Handelspartner dieser Vertragsbeteiligten benachteiligt werden.

Entgegen dem Wortlaut des Art. 85 Abs. 1 Ziff. 1 lit. a EWGV werden jedoch Verträge, welche nur den Leistungsaustausch zwischen den Vertragspartnern vorsehen, wie dies bei dem Parallelverkehr zwischen öVU und iEEr der Fall ist, gar nicht erfaßt, da nur Abreden, nach welchem zumindest ein Vertragspartner in seiner Freiheit hinsichtlich der Vertragsabschlüsse oder der Vertragsgestaltung gegenüber Dritten gebunden wird, gemeint sind¹⁹⁵). Art. 85 EWGV kann daher weder unmittelbar noch mittelbar zu einer Abschlußpflicht führen, es sei denn, der Vertragspartner bindet sich freiwillig und vertraglich gegenüber den Dritten. Dieser Fall ist indes rechtlich problemlos.

3. Das Verbot des Marktmachtmißbrauchs

Mehr Interesse als die Art. 85 und 91 dürfte Art. 86 EWGV für die Abschlußpflicht im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr haben. Er lautet:

"Mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten ist die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Dieser Mißbrauch kann insbesondere in folgendem bestehen:

- a) der unmittelbaren oder mittelbaren Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen;

- b) der Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der Verbraucher;
- c) der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden;
- d) der an den Abschluß von Verträgen geknüpften Bedingung, daß die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen.

....."

Es ist äußerst umstritten, ob diese Vorschrift für marktbeherrschenden Unternehmen einen Kontrahierungszwang begründet. Wie bei der entsprechenden Vorschrift des MUV wird dies wohl von der überwiegenden Meinung ¹⁹⁶⁾ abgelehnt.

Art. 86 EWGV hat außer der Nichtigkeit keine privatrechtlichen Folgen geregelt. Gemäß Art. 3 der 1. DVO zu den Art. 85 und 86 EWGV können bei Zuwiderhandlungen gegen diese Vorschriften Personen und Personenvereinigungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen, lediglich einen Antrag bei der Kommission auf Einleitung des Untersuchungsverfahrens stellen. Der BGH ¹⁹⁷⁾ hat in Anlehnung an die Ausführungen des Generalanwaltes Lagrange in der Rechtssache 1/54 ¹⁹⁸⁾ i. R. der Prüfung des Diskriminierungsverbotes des MUV die Ansicht vertreten, das gesamte Rechtssystem der internationalen Gemeinschaft habe offensichtlich den Charakter einer öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung, die streng darauf geachtet habe, sich nicht auf das Gebiet des Privat- oder Handelsrechtes zu begeben. Im Gemeinschaftsrecht enthaltene Verbote dienten nicht so sehr dem Schutze des einzelnen als vielmehr der Marktvereinheitlichung und der am Wettbewerb orientierten Durchbildung des Marktverkehrs durch der jeweiligen Marktlage anzupassende Anwendungsmaßnahmen seitens der Gemeinschaftsorgane.

Mit dem BGH und der h. M. ¹⁹⁹⁾ wird man - auch in Hinblick auf Art. 3 der VO Nr. 17 - annehmen müssen, daß diese Vorschriften nicht einmal teilweise Individualinteressen schützen ²⁰⁰⁾. Dem entsprechen allein die Regelungen in der VO Nr. 17, insbesondere neben dem Art. 3 auch die Art. 15 und 16, welche der Kommission zur Durchsetzung ihrer Entscheidungen nur die Festsetzung von Geldbußen bzw. Zwangsgeldern ermöglicht. Stattete man den Art. 86 EWGV mit privatrechtlichen Wirkungen, insbeson-

dere mit Schadenersatzansprüchen aus, hätte dies Rechtsunsicherheit und -ungleichheit zur Folge, da die supranationalen Verbote wegen der unterschiedlichen nationalen Privatrechtsordnungen keine einheitliche Verbotsauslegung und einheitliche Rechtsfolgen ermöglichen. Ein unmittelbarer Kontrahierungszwang aus Art. 86 EWGV i. V. m. § 823 Abs. 2, § 249 BGB, wie er über § 35 GWB beim Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB besteht ist also abzulehnen ²⁰¹⁾ 202).

Die Frage, ob Art. 86 EWGV einen - möglicherweise nur mittelbaren Kontrahierungszwang begründet, ist jedoch nicht mit der nach dem Bestehen eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs identisch; auch für den Mißbrauch bei der Erzwingung von unangemessenen Ein- oder Verkaufspreisen, welcher nach Art. 86 lit. a ausdrücklich dem Mißbrauchstatbestand unterfällt, fehlen Regelungen über die zivilrechtlichen Folgen. Entscheidend ist zunächst, ob die Abschlußverweigerung diesen Tatbestand erfüllen kann. Wie bei der Untersuchung des Tatbestandes des § 26 Abs. 2 GWB bereits festgestellt wurde, ist der Marktmachtmißbrauch nicht nur in der willkürlichen Festlegung der Marktbedingungen zu sehen; er kann auch im willkürlichen Ausschluß anderer vom Markt bestehen. Dieser Mißbrauch ist schwerwiegender als der erstere und muß daher *argumento a minore ad maius* gemäß Art. 86 lit. a und c EWGV dieser Vorschrift erst recht unterfallen ²⁰³⁾.

Stellt nun gerade die Vertragsverweigerung einen Mißbrauch i. S. des Art. 86 EWGV dar, so besteht zwar kein unmittelbarer zivilrechtlicher Anspruch auf Vertragsschluß, wohl aber kann die Kommission Geldbußen und Zwangsgelder zur Erzwingung dieses Vertragsabschlusses verhängen. Insofern bindet Art. 86 EWGV mittelbar die betroffenen Unternehmen bezüglich ihrer Abschlußfreiheit.

Ob dieser mittelbare Abschlußzwang indes im hier interessierenden Parallelverkehrsbereich von großer Tragweite ist, erscheint zweifelhaft, zumal Art. 86 EWGV lediglich die mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung verbietet, soweit sie dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Der Begriff der beherrschenden Stellung ist in Art. 86 EWGV nicht näher erläutert, dürfte aber dem des Art. 66 § 1 MUV bzw. des § 22 GWB ähneln und voraussetzen, daß auf dem entsprechenden Markt kein oder kein wesentlicher tatsächlicher Wettbewerb besteht ²⁰⁴⁾. Die Grundlage der beherrschenden Stellung ist unerheblich ²⁰⁵⁾. Sie kann daher z. B. auf den Marktordnungsverträgen i. S. des § 103 Abs. 1 GWB oder öffentlich-rechtlichen

Monopolen und Konzessionen ²⁰⁶⁾ beruhen.

Es ist zweifelhaft, ob el. wirtschaftliche Unternehmen im zwischenstaatlichen Parallelverkehr eine beherrschende Stellung "auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben" einnehmen können. IEEr scheiden, sofern sie nicht selbst eine kartellrechtlich geschützte regionale oder/und örtliche öffentliche ELV in den hier allein infrage kommenden Benelux-Staaten und der BR durchführen, aus dem Kreis marktbeherrschender Unternehmen von vornherein aus.

"Auf dem Gemeinsamen Markt" wird die beherrschende Stellung nur dann bestehen, wenn das oder die Unternehmen zusammen den gesamten Markt der EWG beherrschen ²⁰⁷⁾. Ein einzelnes el. wirtschaftliches Unternehmen hat diese Stellung inne. Die EDF, die italienische ENEL und die öVU der Benelux-Staaten und der BR könnten jedoch zusammen eine derartige Stellung auf dem Gemeinsamen Markt einnehmen. Die Gesamtheit der in ihren V. Gebieten gegen Wettbewerber geschützten öVU des EWG-Raums beherrscht den gesamten El. Markt der EWG. Da auch ein derartiges Oligopol von Art. 86 erfaßt wird ²⁰⁸⁾, selbst wenn in den einzelnen Gebieten lediglich eines der Oligopol-Unternehmen die beherrschende Stellung hat und diese Stellung nur durch ein einzelnes öVU mißbräuchlich ausgenutzt wird ²⁰⁹⁾, können die öVU des EWG-Raums dem Art. 86 EWGV unterfallen, welcher vertragliche oder sonstige Beziehungen zwischen den Oligopolisten nicht verlangt ²¹⁰⁾.

Im übrigen können die öVU evtl. schon einzeln auf einem "wesentlichen Teil" des Gemeinsamen Marktes ²¹¹⁾ eine beherrschende Stellung besitzen, da dieser wesentliche Teil nach heute h. M. nicht notwendig die Grenze eines Mitgliedstaates überschreiten muß ²¹²⁾. In einigen Wirtschaftszweigen sei bereits ein Teil eines Mitgliedstaates ausreichend ²¹³⁾.

Ob und inwieweit die beherrschende Stellung der öVU auf dem hier allein interessierenden Parallelverkehrsmarkt dem Art. 86 EWGV unterfällt, dürfte allein davon abhängen, inwieweit ein Mißbrauch, d. h. hier genauer eine mißbräuchliche Vertragsverweigerung eines öVU im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr, dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Dies sei weiter unten untersucht.

Mißbräuchlich ist die Ausnutzung dieser Marktstellung dann, wenn eine durch diese ermöglichte Maßnahme den Wettbewerb nicht unwesentlich ²¹⁴⁾ beschränkt und der angestrebte Marktvorteil in keinem Verhältnis zur gebotenen wirtschaftlichen Leistung steht ²¹⁵⁾. Es ist eine Interessenab-

wägung notwendig²¹⁶⁾, wobei ein "krasses"²¹⁷⁾ Mißverhältnis nicht vorzuliegen braucht²¹⁸⁾. Der Mißbrauch ist rein objektiv bestimmt und bezieht sich auf die wettbewerblichen Beziehungen des marktbeherrschenden Unternehmens zum Markt²¹⁹⁾, da sich die Art. 85 ff. EWGV ausschließlich mit dem Wettbewerb befassen. Eine moralische Vorwerfbarkeit ist also nicht erforderlich; es kommt allein auf die Vorteilsverschaffung an, welche ohne Marktmacht unzugänglich wäre²²⁰⁾.

Wann der Marktmacht-Mißbrauch zum mittelbaren, d. h. durch Zwangsgelder oder Geldbußen der Kommission erzwingbaren Abschlußzwang führt, kann nicht allgemein bestimmt werden. Die Vertragsverweigerung muß nach der o. genannten Interessenabwägung trotz des Grundsatzes der Vertragsfreiheit und der wirtschaftlich berechtigten Interessen des öVU ungerechtfertigt sein.

Praktische Bedeutung wird vor allem in Anlehnung an Abs. 2 lit. c der Diskriminierungstatbestand haben, weil die konkreten Vergleichsgrundlagen gegeben sind, welche allerdings wie beim Tatbestand des § 26 Abs. 2, 2. Alternative GWB auch immer erforderlich sind. Das jeweilige öVU muß also bereits mindestens einen Vertrag mit gleichwertigen Leistungen mit einem dritten Unternehmen abgeschlossen haben.

Im deutsch-französischen Parallelverkehr kommen nur Verträge der EDF mit westdeutschen iEern über die Zus/ResV, die Einspeisung und den Transport von Industriestrom zu Mutter- oder Tochtergesellschaften des iEers in Frankreich infrage, welche mit entsprechenden Verträgen der EDF mit anderen el. wirtschaftlichen Unternehmen auf dem Gemeinsamen Markt zu vergleichen sind.

Hinsichtlich der Kriterien für die Gleichartigkeit der Vertragsverhältnisse und der Gleichbehandlung kann weitgehend auf die Ausführungen zum Diskriminierungstatbestand des § 26 Abs. 2 GWB verwiesen werden. Maßgeblich sind also nicht nur die Klemmeigenschaften, sondern auch alle übrigen o. bereits genannten wirtschaftlich erheblichen Umstände. Die EDF ist beispielsweise nicht verpflichtet, etwa westdeutschen iEern ebenso nach dem SN-Lastenheft zu versorgen bzw. den Industriestrom abzunehmen oder zu transportieren. Der Parallelverkehr der EDF mit französischen und westdeutschen iEern unterscheidet sich nicht nur in der Staatsangehörigkeit der iEer. So liegt z. B. ein erheblicher Unterschied gerade darin, daß die EDF gegenüber westdeutschen iEern hinsichtlich des Geschäftsabschlusses und der Gestaltung der Bedingungen völlig frei ist.

Art. 86 Abs. 2 lit. b EWGV, nach welchem dem beherrschenden Unternehmen die mißbräuchliche Einschränkung der Erzeugung, des Absatzes oder der technischen Entwicklung zum Schaden der "Verbraucher", d. h. jeder Abnehmer ²²¹), verboten ist, könnte im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr ebenfalls zu einem mittelbaren Abschlußzwang führen. Dieser Tatbestand geht jedoch offensichtlich von einem bestehenden Leistungsaustausch mit Vertrauenstatbestand aus und verbietet lediglich die Angebotsverknappung des marktbeherrschenden Anibeters, um die berechtigten Interessen seiner marktabhängigen Abnehmer zu sichern. Die Erweiterung des Angebots durch Erweiterung der Tätigkeit des beherrschenden Unternehmens, für welche ein Vertrauenstatbestand zwischen den Vertragspartnern regelmäßig nicht besteht, wird von diesem Tatbestand nicht erfaßt. Bezüglich der Frage des Abschlußzwanges ist er daher nur für die Fälle von Interesse, in denen das im Parallelverkehr liefernde el. wirtschaftliche Unternehmen (in der Regel ein öVU) die Versorgung des Vertragspartners verringern oder überhaupt einstellen will.

Dieser ohnehin seltene Tatbestand der mißbräuchlichen Vertragsverweigerung dürfte in der Regel jedoch im zwischenstaatlichen Parallelverkehr keine Rolle spielen und wird deshalb kaum dazu führen können, "den Handel zwischen den Mitgliedstaaten", d. h. den Parallelverkehr zumindest mit einem anderen Mitgliedstaat ²²²), "zu beeinträchtigen" ^{222a}). Die Marktmacht der europäischen öVU ist regelmäßig auf die kartellrechtlich geschützten V. - bzw. auf die Konzessionsgebiete beschränkt. Selbst die EDF und die ENEL, welche jeweils den Markt eines gesamten Mitgliedstaates beherrschen, haben praktisch kaum einen über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinausgehenden Markteinfluß. Während des Bestehens der Monopole für die Erzeugung, den Transport und die Verteilung der el. Energie in Frankreich und Italien ist zudem ein zwischenstaatlicher Parallelverkehr zwischen beiden Mitgliedstaaten ausgeschlossen. Im deutsch-französischen Parallelverkehr, welcher angesichts der Gebietsmonopole in Frankreich und der BR lediglich den Bezug bzw. den Transport deutschen Industriestroms durch die EDF betreffen könnte, dürfte jedoch die beherrschende Stellung der EDF nur dann bestehen, wenn westdeutsche "zuständige" öVU aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen den Industriestrom nicht zu wirtschaftlich annähernd vergleichbaren Bedingungen abnehmen bzw. transportieren kann. Dies wird praktisch kaum der Fall sein. Eher sind Fälle denkbar, in denen westdeutsche EVU dem iEer gegenüber den Vertragsabschluß verweigern, obwohl sie technisch und wirtschaftlich zur Zus/ResV bzw. zur Aufnahme oder zum Transport von Überschußstrom in der Lage sind. Auf diese Weise könnte in

grenznahen Gebieten die EDF allein als potentieller Vertragspartner des iEErs verbleiben. Dennoch wird man eine durch die wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Abschlußverweigerung eines anderen öVU bedingte "beherrschende Marktstellung" ablehnen müssen, weil diese nicht auf den Abschlußwillen, sondern allein auf die technisch und wirtschaftlich bedingte Wettbewerbslage abstellt.

Selbst im zwischenstaatlichen Parallelverkehr zwischen Staaten mit sehr freiheitlicher El. Wirtschaftsordnung, etwa zwischen den Benelux-Staaten oder zwischen diesen und der BR dürfte eine beherrschende Stellung einzelner EVU des benachbarten Mitgliedstaates im Parallelverkehr mit den jeweiligen iEEr nicht bestehen.

Als Ergebnis ist festzuhalten, daß das Mißbrauchsverbot des Art. 86 EWGV nur in selbst theoretisch kaum denkbaren Ausnahmefällen zu einem mittelbaren Abschlußzwang führen kann, wenn die Abschlußverweigerung eines im konkreten Fall marktbeherrschenden EVU mißbräuchlich wäre und dazu führen könnte, den El. Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

4. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Ähnlich wie Art. 86 EWGV kann auch Art. 7 mittelbar zu einem Kontrahierungszwang führen ²²³). Allerdings dürften ihm wegen der bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse, insbesondere aber wegen der monopolistischen nationalen El. Wirtschaftsordnungen, im hier interessierenden Bereich des Parallelverkehrs zwischen öVU und iEEr ähnliche Hindernisse wie dem des Art. 86 EWGV entgegenstehen. Im übrigen gilt Art. 7 gegenüber den Art. 85 und 86 EWGV, welche ebenfalls Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit erfassen ²²⁴), nur subsidiär. Er ist also insoweit in seinem Anwendungsbereich eingeengt. Andererseits bedarf er keine marktbeherrschenden Stellung des nach Art. 7 verpflichteten el. wirtschaftlichen Unternehmens, so daß er nicht nur alle öVU, sondern auch die iEEr in ihrer Vertragsfreiheit binden kann.

Die diskriminierende Vertragsverweigerung i. S. des Art. 7 EWGV setzt immer einen Vergleichstatbestand voraus, d. h. mindestens einen dem streitigen Vertragsverhältnis vergleichbaren Vertrag des betreffenden Vertragsbeteiligten mit einem el. wirtschaftlichen Unternehmen eines anderen Mitgliedstaates. Im deutsch-französischen El. Verkehr kommen z. Zt. nur Verträge

der EDF mit westdeutschen iEern über die Zus/ResV, die Einspeisung und den Transport von Industriestrom in Betracht, welche mit entsprechenden Verträgen der EDF mit französischen, belgischen, holländischen, italienischen oder luxemburgischen iEer zu vergleichen sind.

Als Kriterien der Gleichartigkeit der Vertragsverhältnisse sind die bereits o. zu § 26 Abs. 2 2. Alternative GWB genannten heranzuziehen. Zu diesen sind alle Umstände hinzuzuzählen, die sich aus dem zwischenstaatlichen Verkehr und den technischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Verhältnissen in den Staaten der in den Vergleich einbezogenen el. wirtschaftlichen Unternehmen ergeben und wirtschaftlich erheblich sind. Die Erwägungen des scheinbar diskriminierenden Unternehmens können "so vielfältiger Natur sein, daß ein Nachweis der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit kaum möglich sein wird, es sei denn, daß er sich dazu bekennt " 225). Hierbei ist zu beachten, daß der Diskriminierungstatbestand rein objektiv gefaßt ist, so daß selbst die verfolgten Ziele und bloßen Vorstellungen der EDF unerheblich sind 226).

Trotz des weiten Wortlautes des Art. 7 EWGV wird der Tatbestand der Abschlußpflicht im Parallelverkehr deshalb nur in sehr seltenen Fällen tatbestandlich erfüllt und nachweisbar sein.

Abschließend sei bemerkt, daß in den rechtstheoretisch denkbaren Fällen eines mittelbaren Abschlußzwanges aus den Art. 86 und 7 EWGV der Art. 90 Abs. 2 EWGV schon deshalb nicht angewandt werden kann, weil die Art. 86 und 7 ohnehin alle wirtschaftlich erheblichen Gesichtspunkte mit berücksichtigen müssen und die öVU bei der Wahrnehmung der ihnen etwaig übertragenen besonderen Aufgabe öffentlicher ElV nicht behindern dürfen. Ein Mißbrauch kann und soll durch Art. 90 Abs. 2 EWGV nicht vom Verbot des Art. 86 EWGV befreit werden.

II. DIE BINDUNG BEI DER GESTALTUNG DER PREISE UND BEDINGUNGEN

Eine etwas größere Rolle als bei der Bindung der Abschlußfreiheit dürfen die EWGV-Bestimmungen bei der Bindung der Gestaltung der Preise und Bedingungen spielen.

1. Das Verbot des Marktmachtmißbrauchs

Wie bereits festgestellt, verbietet Art. 86 EWGV die mißbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Marktstellung durch die öVU, soweit dies dazu führen kann, den zwischenstaatlichen Parallelverkehr zu beeinträchtigen. Liegt in einem Ausnahmefall ein derartiger Tatbestand vor, braucht dies nicht notwendig zur Bindung der Abschlußfreiheit zu führen. Es kann auch lediglich oder zusätzlich eine Bindung der Gestaltung der Preise und Bedingungen eintreten.

Aus Art. 86 Abs. 2 lit. a EWGV, welcher die unmittelbare oder mittelbare Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen verbietet, ist zu schließen, daß das öVU die Verträge mit den iEern zu angemessenen Preisen und Bedingungen abzuschließen hat. Es darf kein wirtschaftlich nicht zu rechtfertigendes Verhältnis zwischen den Preisen bzw. Bedingungen und den Kosten und sonstigen wirtschaftlich erheblichen Umständen bestehen²²⁷⁾.

Der objektiv unbestimmte Rechtsbegriff des Verbotes unangemessener Preise und Bedingungen erlaubt keine Festlegung bestimmter Preise und Bedingungen für den jeweiligen Vertrag der EDF mit westdeutschen iEern. Die Angemessenheit der Preise und Bedingungen ist nur negativ dahin abgegrenzt, daß sie nicht unangemessen, nicht zu hoch und nicht zu niedrig²²⁸⁾ sein darf. Man wird nur eine abstrakt nicht bezifferbare Höchst- und Mindestgrenze für den Einzelfall festsetzen können²²⁹⁾, da mangels einheitlicher Berechnungsgrundlagen keine Kostentransparenz und so keine justiziable Preisgrenzen bestehen.

Nicht nur die wirtschaftliche Abgrenzung des Begriffs der Angemessenheit, sondern auch die Beweisbarkeit eines derartigen Tatbestandes wird derartige Schwierigkeiten aufwerfen, daß im Ergebnis nur grobe Mißverhältnisse zwischen Leistung und Gegenleistung erfaßt werden können²³⁰⁾.

Mißbräuchlich ist nicht nur das Fordern unangemessener Preise und Bedingungen, sondern auch an den Abschluß vom Vertrag geknüpfte Bedingungen, welche den iEer zur Annahme zusätzlicher Leistungen verpflichtet, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum jeweiligen Gegenstand des Parallelverkehrsvertrages stehen (Art. 86 Abs. 2 lit. d EWGV).

Dieser Tatbestand könnte z. B. vorliegen, wenn die EDF den iEer verpflichtet,

- a) den gesamten Bedarf an el. Energie (Zus/ResStrom) ausschließlich von der EDF zu beziehen,
- b) el. Energie nicht selbst zu erzeugen und gegebenenfalls bestehende Eigenanlagen stillzulegen und
- c) eine eigene Erzeugungsanlage nicht zu errichten oder bestehende Anlagen nicht zu erweitern ²³¹).

Derartige Bedingungen stellen dann eine mißbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung dar, wenn sie zur Bedingung des Vertragsabschlusses eines Parallelverkehrsvertrages, also eines Vertrages über die öffentliche Zus/ResV, den Kauf oder Transport von Industriestrom durch die EDF gemacht wird.

Ein derartiger Mißbrauch kann jedoch nur dann dazu führen, den Handel zwischen der BR und Frankreich zu beeinträchtigen, wenn die westdeutschen iEEr rechtlichen und wirtschaftlich in der Lage sind, el. Energie der EDF zu liefern oder von ihr zu beziehen, durch die o. genannten Bedingungen jedoch daran gehindert werden ²³²).

Ferner kann die Einschränkung der el. wirtschaftlichen zwischenstaatlichen Tätigkeit der EDF, sofern sie einen westdeutschen oder anderen iEEr außerfranzösischer Mitgliedstaaten schädigt, mißbräuchlich sein (Art. 86 Abs. 2 lit. b EWGV). Bei der Anwendung dieses Tatbestandes dürfte jedoch zur Wahrung berechtigter wirtschaftlicher Interessen der EDF äußerste Vorsicht angebracht sein.

Am ehesten erlaubt der Diskriminierungstatbestand (Art. 86 Abs. 2 lit. c EWGV) eine konkrete Bestimmung der Preise und Bedingungen eines Parallelverkehrsvertrages, wenn wirtschaftlich vergleichbare Verträge der EDF mit anderen iEErn vorliegen. Hierbei sind nach Möglichkeit Vergleichstatbestände aus dem entsprechenden Mitgliedstaat heranzuziehen, da die Verschiedenheit wirtschaftlich erheblicher Umstände in den verschiedenen Mitgliedstaaten einen Vergleich nach der Leistung gleichwertiger Verträge erheblich erschweren. Im übrigen gelten die bereits dargestellten Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit. In Ausnahmefällen kann die wirtschaftliche Gleichwertigkeit el. wirtschaftlicher Leistungen der EDF gegenüber z. B. zwei westdeutschen iEErn in einem derart hohen Maße gegeben sein, daß schon kleinste Differenzen in den Preisen und Bedingungen den Diskriminierungstatbestand begründen können. In diesen Fällen tritt die Frage der Angemessenheit der von der EDF geforderten Gegenleistung in den Hin-

tergrund, da das Diskriminierungsverbot in diesem Falle die Vertragsfreiheit des SN mehr einengt als der relativ weite Begriff der Angemessenheit, es sei denn, bei den als Vergleichsgrundlage dienenden Verträgen wäre das Verhältnis der gegenseitigen Leistungen mißbräuchlich verzerrt. Bei der Heranziehung von Vergleichstatbeständen ist immer zu beachten, daß nicht nur einzelne, sondern auch ganze Gruppen von Vertragspartnern der EDF diskriminiert werden können ²³³).

2. Das Dumping

Ähnlich dem Art. 86 könnte auch Art. 91 EWGV die Freiheit der Gestaltung von Preisen und Bedingungen im zwischenstaatlichen Parallelverkehr einengen. Diese Vorschrift lautet:

"1) Stellt die Kommission während der Übergangszeit auf Antrag eines Mitgliedstaates oder eines anderen Beteiligten Dumping-Praktiken innerhalb des Gemeinsamen Marktes fest, so richtet sie Empfehlungen an den oder die Urheber, um diese Praktiken abzustellen.

Werden sie trotzdem fortgesetzt, so ermächtigt die Kommission den geschädigten Mitgliedstaat, geeignete Schutzmaßnahmen zu treffen, deren Bedingungen und Einzelheiten sie festlegt.

2) Nach Inkrafttreten dieses Vertrages dürfen Waren, die aus einem Mitgliedstaat stammen oder sich dort im freien Warenverkehr befanden und in einem anderen Mitgliedstaat ausgeführt worden sind, in den erstgenannten Staat wieder eingeführt werden, ohne hierbei einem Zoll, einer mengenmäßigen Beschränkung oder Maßnahmen gleicher Wirkung zu unterliegen. Die Kommission erläßt geeignete Regelungen zur Anwendung dieses Absatzes".

Der EWGV erläutert den Begriff der Dumping-Praktiken nicht. Er dürfte jedoch dem des GATT ²³⁴), den sämtliche Mitgliedstaaten unterschrieben haben, entsprechen ²³⁵). Nach Art. 6 GATT gelten als solche Praktiken die Einfuhr von Erzeugnissen eines Landes auf den Markt eines anderen zu einem geringeren Preis als ihrem normalen Wert, wenn dadurch eine bedeutende Schädigung eines im Gebiet eines Vertragspartners bestehenden Wirtschaftszweiges verursacht wird oder verursacht zu werden droht oder wenn dadurch die Einrichtung eines inländischen Wirtschaftszweiges erheblich verzögert wird. Unter normalem Wert versteht Art. 6 Abs. 1 GATT einen Preis,

der niedriger als der vergleichbare Preis ist, der im normalen Handelsverkehr für ein gleichartiges Erzeugnis gefordert wird, das zum Verbrauch in dem exportierenden Land bestimmt ist, ... oder niedriger als die Gesteuerungskosten im Ursprungsland zuzüglich der Kosten für den Verkauf und Gewinn.

Eine Dumping-Maßnahme könnte der Verkauf der EDF an ausländische iEER unter Selbstkosten sein. Derartige Fälle dürften allerdings schon deshalb kaum praktisch werden, weil die ElV der Industrie regelmäßig durch das Nationalisierungs-, Konzessions- und Kartellrecht ausschließlich dem jeweiligen "zuständigen" öVU vorbehalten ist. Sollten in verbleibenden Fällen die Preise zwar unter den Gesteuerungskosten, aber in gleicher Höhe mit den inländischen Preisen liegen, so dürften die Art. 92 ff. nicht aber 91 EWGV anwendbar sein. Der EDF können wohl nicht deshalb Dumping-Praktiken vorgehalten werden, weil sie aufgrund der staatlichen Beihilfen, Subventionen aller Art einschließlich der Abdeckung von Jahresverlusten in den Stand gesetzt wird, mit den vom Staat künstlich niedrig gehaltenen Preisen auch ausländische iEER zu beliefern²³⁶⁾. Würden dagegen der EDF auch staatliche Ausfuhrbeihilfen gegeben, so könnte evtl. neben den Art. 92 ff. auch Art. 91 EWGV angewandt werden²³⁷⁾.

Aber auch z. B. die westdeutschen iEER könnten beim Verkauf ihres Industriestroms an die öVU anderer Mitgliedstaaten Dumping-Praktiken anwenden. Dieser Fall dürfte allerdings schon deshalb kaum praktisch werden, weil die iEER in jedem Fall bemüht sind, zu allen ihnen vertretbar erscheinenden Bedingungen im In- und Ausland ihre Überschußenergie zu verkaufen.

Art. 91 EWGV ermöglicht im Ergebnis keine positive Bestimmung der Vertragsbedingungen und Preise. Er erlaubt nur die Festsetzung einer unteren Grenze der Preise und Bedingungen im grenzüberschreitenden Parallelverkehr²³⁸⁾.

3. Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit

Auch Art. 7 EWGV dürfte in Einzelfällen eine nähere Bindung der Freiheit der Gestaltung von Preisen und Bedingungen bewirken, sofern tarifierte oder sonst klar errechenbare Bedingungen und Preise für die inländischen Parallelverkehrsverträge bestehen und Anhaltspunkte für eine staatsangehörigkeitsbedingte unterschiedliche Behandlung vorliegen. In der Regel dürfte Art. 7 jedoch für die Bestimmung der Preise und Bedingungen grenzüberschreitender Parallelverkehrsverträge wegen der geringen Vergleichbarkeit der el. -

wirtschaftlichen Verhältnisse in den einzelnen Mitgliedstaaten von geringem Interesse sein. So werden die Vertragsbedingungen der EDF nach dem Lastenheft, welche von fiktiven, angenäherten Eigenkosten in Frankreich ausgehen, nicht ohne weiteres auf die Kosten einer EDF-Lieferung nach der BR verglichen werden können, zumal hier u. a. auch wege- und steuerrechtliche Unterschiede vorliegen. Nur soweit ein Einblick in die Kostenverhältnisse und die Geschäftspolitik der beteiligten Unternehmen möglich ist, können für das bewußte Abweichen von allgemein gehandhabten Kalkulationsgrundsätzen festgestellt werden. Eine positive Bestimmung der Vertragsbedingungen und Preise ist deshalb in praxi kaum möglich.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Prüfung der EWGV-Vorschriften hat folgendes ergeben:

1) Der EWGV enthält keine Sondervorschriften für die El. Wirtschaftsordnung. Es gelten insoweit die allgemeinen Vorschriften.

Weitreichende und teilweise in sich widersprüchliche Folgen könnte die Anwendung des Gebotes des Abbaues der den zwischenstaatlichen Handel berührenden staatlichen Handelsmonopole und das Verbot derartiger Kartelle für die hoheitlich oder kartellrechtlich unmittelbar oder mittelbar begründeten Monopole der öffentlichen EIV haben. Bisher haben die Kommission und der EurGH die EWGV-Vorschriften jedoch noch nicht direkt auf die El. Wirtschaft angewandt, insbesondere wurde offen gelassen, ob die staatlichen el. wirtschaftlichen Monopole abzubauen sind.

Im übrigen gelten, abgesehen von den allgemeinen marktvereinheitlichenden Vorschriften des EWGV, welche auf die El. Wirtschaftsordnungen nur sehr geringen Einfluß haben, das nationale Recht und damit die nationalen El. Wirtschaftsordnungen fort. Der el. wirtschaftliche Parallelverkehr wird deshalb angesichts dieser verschiedenen, monopolistischen El. Wirtschaftsordnungen im zwischenstaatlichen El. Verkehr nur sehr geringen Umfang annehmen.

2) Bei diesen zwischenstaatlichen Parallelverkehrsverträgen kann in selbst theoretisch seltenen Fällen aufgrund der Art. 86 und 7 EWGV ein Abschlußzwang begründet werden.

3) Die Freiheit der Gestaltung der Preise und Bedingungen im grenzüberschreitenden Parallelverkehr wird durch die Art. 86, 91 und 7 EWGV eingeengt, ohne daß indes eine positive exakte Bestimmung der einzelnen Preise und Bedingungen möglich wäre.

DAS UNTERSUCHUNGSERGEBNIS

Die systematische Bestandsaufnahme des französischen, westdeutschen und EWG-Rechtes zur Bindung der Vertragsfreiheit der öVU und iEER im Parallelverkehr hat gezeigt, daß lediglich in Frankreich ein einheitliches und umfassendes Sonderrecht besteht.

Das französische Parallelverkehrsrecht ist als eine logische Ergänzung zum NatG i. d. F. der Lex Armengaud i. R. der diesem Gesetz zugrunde liegenden el. politischen Ziele anzusehen.

Zum Ausgleich des teilweise aus wirtschaftsfremden Gründen geschaffenen, den gesamten Parallelverkehrsbereich erfassenden öffentlich-rechtlichen Monopols der staatlichen EDF und der von der öffentlichen Hand beherrschten Unternehmen i. S. des Art. 23 NatG wurde gegenüber den iEERN ein allgemeiner Abschlußzwang - beim Industriestrom-Kauf nur solange, bis auf nationaler Ebene Energiebedarf besteht - zu bis ins Einzelne kostenangeneherten Tarifierungen der Preise und Bedingungen auferlegt, um auf diese Weise in dem durch das NatG und die VO n^o 55-662 bestimmten Grenzen des Parallelverkehrs die wirtschaftlichste Zusammenarbeit zwischen den öVU und iEER zu gewährleisten. Die Industrie soll in diesem Rahmen an den erheblichen Investitionen in der kapitalintensiven El. Wirtschaft beteiligt werden, um die öffentliche Hand zu entlasten. Das Streben nach optimaler el. wirtschaftlicher Produktivität hat zu einer relativ kostenechten, außerordentlich differenzierten Tarifierung geführt. Wo diese dennoch wirtschaftlich unbefriedigende Ergebnisse zeigt, bemüht sich der Industrieminister, durch großzügige Auslegung der Vorschriften Abhilfe zu schaffen. Dennoch birgt das umfassende, abschließend bis in die Details festgelegte Parallelverkehrsrecht die Gefahr verwaltungsmäßiger Handhabung, welche sich auch aufgrund der politisch bestimmten staatlichen Preisfestsetzung von der wirtschaftlichsten Zusammenarbeit entfernen kann.

Der westdeutsche Parallelverkehr, in welchem ebenfalls die iEER als Elemente des Verbundsystems angesehen werden müssen, ohne daß indes die öVU mit den iEERN bisher im wünschenswerten Ausmaß zusammenarbeiten ¹⁾, unterliegt nur bei der Zus/ResV energierechtlichen Sonderregeln, welche jedoch selbst diesen Teilbereich nicht vollständig erfassen, da das EnG bei dem Abschlußzwang und den Preisen und Bedingungen an den Begriff der "Zumutbarkeit" knüpft, welcher enger ist, als dies eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise rechtfertigt. Im übrigen hat der westdeutsche Gesetzgeber die kartellartige Monopolisierung der El. Wirtschaft im GWB weitgehend be-

stätigt und von den Verbotsvorschriften dieses Gesetzes ausgenommen, ohne über die allgemeinen Vorschriften über die Bindung der Vertragsfreiheit beherrschender Unternehmen hinausgehende Bestimmungen zu schaffen. Er vertraut der Privatinitiative der öVU und überläßt es grundsätzlich ihrem Wirtschaftlichkeitsstreben, die el. wirtschaftlich rationellste Zusammenarbeit herbeizuführen. Nur in Fällen offensichtlicher Unfähigkeit beteiligter el. - wirtschaftlicher Unternehmen zur billigen und sicheren ELV oder im Falle der Landesverteidigung oder sonstigen V. Krise hat die Energieaufsichtsbehörde eine Eingriffsmöglichkeit. Trotz der technischen, wirtschaftlichen und wettbewerblichen Besonderheiten der El. Wirtschaft und des besonderen öffentlichen Interesses an einer möglichst billigen und sicheren ELV hat der westdeutsche Gesetzgeber im Gegensatz zum französischen bisher angenommen, auf eine umfassende Festlegung des el. wirtschaftlichen Parallelverkehrs zwischen öVU und iEer verzichtet und so trotz eines in der Praxis erheblichen Spielraums der beteiligten Unternehmen die wirtschaftlichste Zusammenarbeit erreichen zu können. In der Praxis haben sich jedoch Unzulänglichkeiten dieses Rechtszustandes gezeigt; es besteht eine Diskrepanz zwischen der ausdrücklich zugelassenen kartellrechtlichen Monopolisierung zum Zwecke wirtschaftlichster ELV und dem Fehlen einer Verpflichtung in dieser Weise begünstigter el. wirtschaftlicher Unternehmen, i. R. des Wettbewerbsschutzes auch tatsächlich mit den iEern in rationellster Weise zusammenzuarbeiten.

Die Bedeutung des EWGV für die el. wirtschaftliche Grundordnung im allgemeinen und dem Parallelverkehr im besonderen ist noch nicht endgültig geklärt. Ob und inwieweit die Anordnung des Abbaus öffentlich-rechtlicher Handelsmonopole und des Verbotes von Kartellen, soweit durch diese Monopole und Kartelle Diskriminierungen in den V. - und Absatzbedingungen zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten möglich sind bzw. dazu führen können, den zwischenstaatlichen El. Handel zu beeinträchtigen, in der El. - Wirtschaft angewandt werden, ist streitig und angesichts der außerordentlich weitreichenden und z. T. unbefriedigenden Folgen sehr zweifelhaft. Im Parallelverkehr zwischen öVU und iEer können lediglich die Dumping-Vorschrift und das Verbot des Marktmachtmisbrauchs, welcher zur Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen kann, und der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sowohl die Abschlußfreiheit als auch die Freiheit der Gestaltung der Preise und Bedingungen in seltenen Einzelfällen einschränken.

Insgesamt ist die Regelung der El. Wirtschaft durch den EWGV unzureichend. Aber auch das französische und westdeutsche Parallelverkehrsrecht

weist unter dem Gesichtspunkt optimaler Produktivität Mängel auf, welche sich bereits aus der el. wirtschaftlichen Grundordnung, von welcher das Parallelverkehrsrecht nicht getrennt werden kann, ergeben.

So ergibt sich in Frankreich bereits aus der nicht wirtschaftlich, sondern politisch bestimmten Nationalisierung, die Subsidiarität der industriellen für die gesamte El. Wirtschaft, die Finanzierung und die Preisgestaltung durch den Staat eine kostenfremde Zusammenarbeit zwischen öVU und iEer. Die nicht kostenechten Transporttarife sind hier nur untergeordneter Bedeutung.

In der BR besteht ähnlich wie in Frankreich ein Marktungleichgewicht zwischen öVU und iEer. Den öVU wird eine kartellrechtliche Monopolisierung gestattet. Diese erlaubt zwar eine gewisse Rationalisierung bei dem Niederspannungsverteilernetz und wird auch im wesentlichen, jedenfalls hinsichtlich des Netzmonopols, durch den Abschlußzwang gegenüber Klein- und Kleinstabnehmern kompensiert. Gerade im el. wirtschaftlichen Parallelverkehr der öVU untereinander und mit den iEern haben sich insbesondere die langfristigen Konzessions- und Demarkationsverträge jedoch teilweise als konzentrations- und entwicklungshemmend erwiesen ²⁾. Abgesehen davon, steht der zulässigen Kartellierung in diesem Bereich lediglich eine beschränkte Zus/ResV-Pflicht zu nur teilweise bestimmten Preisen und Bedingungen gegenüber. Das Kartellrecht verstärkt die ohnehin aus technischen und wirtschaftlichen Gründen bestehende Machtstellung der öVU gegenüber den iEern um die wirtschaftlichste el. wirtschaftliche Betätigung der öVU zu ermöglichen. Die Sicherung der rationellsten Zusammenarbeit zwischen öVU und iEer ist dagegen höchst unzureichend. Die §§ 1 UWG und 826 BGB sind hierfür schon tatbestandlich nicht geeignet. Auch § 26 Abs. 2 GWB verbietet lediglich den Mißbrauch marktbeherrschender Macht, gebietet aber keineswegs die wirtschaftlichste Zusammenarbeit. Dem zusätzlichen kartellrechtlichen Wettbewerbsschutz der marktbeherrschenden öVU steht keine zusätzliche Bindung der Vertragsfreiheit im Parallelverkehr mit iEern gegenüber, obwohl die kartellrechtliche Sonderbehandlung i. R. des § 103 Abs. 1 GWB nur mit dem überwiegenden Gemeinschaftsinteresse an der wirtschaftlichsten Zusammenarbeit der el. wirtschaftlichen Unternehmen gegenüber dem durch die Art. 2, 14 und 15 GG bestimmten Grundsatz freiheitlicher Wirtschaftsordnung ³⁾ gerechtfertigt werden kann.

Das zukünftige Parallelverkehrsrecht muß hier eine einheitliche Lösung finden. Dies dürfte allerdings nur möglich sein, wenn die El. Wirtschaftsordnung der Mitgliedstaaten angeglichen ist.

Die Untersuchungen haben gezeigt, daß die Schaffung eines öffentlichen El. Erzeugungs-Monopols auf dem gesamten nationalen oder gar europäischen Markt die Nutzung evtl. im industriellen Fabrikationsprozeß anfallender billigen Primärenergieträger verhindert. Ein staatliches El. Erzeugungs-Monopol dürfte auch im Zeitalter besonders kapitalintensiver und deshalb meist staatlicher Kernkraftwerke keine Gewähr für die beste Nutzung der im Wirtschaftsgeschehen ständig neu und neuartig entstehenden billigen Primärenergieträger bzw. Energiereste bieten wie dies ein kostenorientierter Wettbewerb vermag.

Zweifelhaft könnte dagegen sein, ob die El. Transport- und Verteilernetze durch langfristige Marktordnungsverträge einer Vielzahl von in ihrem Tätigkeitsbereich geschützter öVU eine ebenso rationelle Führung insbesondere der überregionalen und internationalen Hoch- und Mittelspannungslinien erlauben wie ein einheitlich geplantes, in staatlicher oder gar supranationaler Hand befindliches Hochspannungsnetz etwa nach schwedischem Muster ⁴⁾, welches eine überregionale Planung eines optimalen Netzes sowohl zwischen Erzeugungs- und Verbrauchszentren als auch - insofern politisch bestimmt - zu unterentwickelten, noch zu erschließenden Gebieten gestattet. Bei der Neuordnung des Hochspannungstransportes und evtl. auch der örtlichen Verteilung sollte jedoch beachtet werden, daß staatlichen Monopolen eine verwaltende, wirtschaftsfremde Tendenz immanent ist und daß hier, wie gerade das französische Beispiel zeigt, eine wirtschaftsfremde Unternehmensführung und Preisgestaltung schwerer zu verhindern ist als bei privatwirtschaftlich geführten Monopolen, welche den strengeren Anforderungen des allgemeinen Privatwirtschaftsrechtes, d. h. des Steuer-, Gesellschafts- und Wettbewerbsrechtes entsprechen müssen und damit einer besseren Kontrolle unterliegen, welche z. B. politische und damit meist justizfreie Preisfestsetzungen unmöglich macht. Man sollte, wie Böhm ⁵⁾ schon vor Jahren hervorhob, die aus technischen und wirtschaftlichen Gründen etwa unerläßlichen Monopole nicht in die stärksten, sondern in die schwächsten Hände, d. h. in die privatwirtschaftlich geführten Unternehmen legen. Wenn auch das überregionale und zwischenstaatliche Hochspannungsnetz nicht allein aus der privatsnützigen Perspektive einzelner örtlich sehr begrenzter Gebietsmonopolisten her bestimmt werden sollte, so dürfte deshalb eine Planungsgemeinschaft der beteiligten el. wirtschaftlichen Unternehmen, in welcher die öffentliche Hand mit entsprechender finanzieller Unterstützung auch entwicklungs- und sozialpolitische Aspekte mit zur Geltung bringen kann, einem rein staatlichen Monopol vorzuziehen sein. Allein die Verhältnisse im lothringischen Industriebecken zeigen, daß ein nicht

rein kostenorientiertes staatliches Monopol für den El. Transport und die El.-Verteilung weniger rationell arbeitet, als ein allein nach der Wirtschaftlichkeit ausgerichteter Verbund.

Jede Beschränkung der freiheitlichen el. wirtschaftlichen Betätigung durch eine Neuordnung der El. Wirtschaft erfordert im übrigen zumindest in der BR nach dem GG eine entsprechende Rechtfertigung im überwiegenden Gemeinschaftsinteresse an einer möglichst sozialen, und hier vor allem möglichst billigen und sicheren ElV. Hieraus sind auch die entsprechenden Folgerungen für die Gestaltung des Parallelverkehrsrechtes zwischen den öVU und den iEern, d. h. die Frage, ob und inwieweit den Trägern des Hochspannungs- und der Verteilernetze eine Abschlußpflicht zu kostenangenehmten Preisen und Bedingungen auferlegt werden muß, zu ziehen.

Glaubt der Gesetzgeber dagegen, trotz des überwiegenden Gemeinschaftsinteresses an einer möglichst sozialen, billigen und sicheren ElV an einer freiheitlichen El. Wirtschaftsordnung festhalten zu können, so wird er beachten müssen, daß im Parallelverkehr zwar die meist schon allein aus technischen, wirtschaftlichen und wettbewerblichen Gründen, also nicht notwendig aufgrund von Kartellverträgen oder öffentlich-rechtlicher Monopole marktbeherrschenden öVU selbst an einer möglichst wirtschaftlichen Zusammenarbeit interessiert sein werden. Andererseits kann jedoch das natürliche Streben der öVU nach möglichst großem Gewinn und größtmöglicher Marktsicherung ⁶⁾ aufgrund des Machtübergewichtes gegenüber den iEern zu einem verzerrten, nicht mehr allein an den Kosten und Risiken ausgerichteten Leistungsaustausch führen. Zudem können die Interessen der öVU, ihren el. wirtschaftlichen Marktanteil auf Kosten der Industrie zu vergrößern oder andere wirtschaftsfremde Beweggründe die öVU zu einer gesamtwirtschaftlich schädlichen Verweigerung von Geschäftsabschlüssen oder zur kostenfremden Gestaltung der Preise und Bedingungen veranlassen. Ob alle diese Momente allein durch ein allgemeines Verbot des Marktmachtmißbrauchs i. S. der §§ 26 Abs. 2 und 22 GWB, Art. 37 und 59^{bis} der PreisVO n^o 45-1483 und Art. 86 EWGV erfaßt werden können, ist angesichts der wettbewerblich komplizierten Lage der Parallelverkehrsverträge zweifelhaft, selbst wenn eine wesentliche Verbesserung der Preistransparenz und einheitliche Berechnungsgrundlagen geschaffen würden. Die Einführung eines allgemeinen Abschlußzwanges i. R. echter wirtschaftlicher Zumutbarkeit ⁷⁾ müßte andererseits allen wirtschaftlich erheblichen Umständen Rechnung tragen, soll sie nicht ihrerseits zu wirtschaftsfremden Ergebnissen führen.

Die Lösung der aufgeworfenen Fragen dürfte bei einer gemeinsamen Arbeit von Energiepolitikern und mit der el. wirtschaftlichen Materie vertrauten technischen, wirtschaftswissenschaftlichen und juristischen Fachleuten möglich sein, welche zugleich eine Vorlage für die Regelung anderer wichtiger leitungsgebundener Wirtschaftszweige mit ähnlichen technischen, wirtschaftlichen und wettbewerblichen Verhältnissen darstellen könnte.

ANMERKUNGEN

Einführung:

- 1) Für "Elektrizität" in zusammengesetzten Wörtern in Zukunft "El." oder "el."
- 2) Nicht also die Herstellung und den Vertrieb von z. B. Akkumulatoren.
- 3) Diese sind, wie noch gezeigt werden wird, nicht notwendig hoheitlich organisiert oder ausschließlich in öffentlicher Hand.
- 4) Aus Gründen der Übersichtlichkeit der mehr systematischen Darstellung muß darauf verzichtet werden, allen auftauchenden und z. T. in der Praxis und im Schrifttum noch nicht erörterten Rechtsfragen, welche mit dem Thema nicht unmittelbar verbunden sind, bis in Einzelheiten nachzugehen.
- 5) Vgl. dazu etwa Bröse aaO, 7 ff.; Huber aaO, Bd. I, Vorwort zur 2. Auflage.
- 6) Z. B. England, Frankreich, Italien
- 7) Das Preisrecht trägt nicht selten auch sozial-, währungs- und sonstigen politischen Gesichtspunkten Rechnung.
- 8) Die Arbeiten zum neuen EnG sind bis heute noch nicht bis zu einem Vorwurf gediehen.
- 9) Vgl. FAZ 62 Nr. 139, 17; Nr. 219, 13; 237, 13; s. auch den Bericht Burgbachers im Namen des Energieausschusses über die energiepolitischen Aspekte der bevorstehenden Zusammenlegung der Europäischen Exekutiven (Dokument 54), Amtsblatt 64, 2445. Ferner IK 1963, Nr. 159.
- 10) Möglicherweise in Zukunft auch für den leitungsgebundenen Kohletransport
- 11) Die Frage, ob und inwieweit für den gesamten leitungsgebundenen Wirtschaftsverkehr einheitliche Grundregelungen bezüglich der hier angeschnittenen Fragen gefunden werden können, kann und soll hier nicht beantwortet werden.

- 12) Lt. Mitteilung des Wirtschaftsverbandes Eisen, Blech und Metall (EBM) überschreitet in diesem Wirtschaftsbereich der El. Anteil am Energieverbrauch bereits 45 %, so daß Strompreiserhöhungen den Preis des Fertigproduktes erheblich beeinflussen können; vgl. FAZ 65, 7, 7.
- 13) Vgl. Marjolin aaO, 54. Aus diesem Grunde hat das europäische Parlament am 20.2.1962 eine Resolution angenommen, nach welcher folgende Grundsätze für eine gemeinsame Energiepolitik maßgeblich sein sollen: billige und sichere Versorgung, progressive Substitution, langfristige Stabilität der Versorgung, freie Wahl der Verbraucher und Einheit des Gemeinsamen Marktes. - Es ist allerdings hervorzuheben, daß sich gerade die El. Wirtschaft ohne jegliche Einflußnahme auf staatlicher oder suprastaatlicher Grundlage auf europäischer Ebene zu einer Zusammenarbeit gefunden haben. Im Mai 1951 ist auf Empfehlung des EW-Rates die Union für die Koordinierung der Erzeugung und des Transportes el. Energie (UCPTE) mit Sitz in Paris gegründet worden, welche die Großverbundunternehmen Belgiens, der BR, Frankreichs, Italiens, Luxemburgs, Hollands, Österreichs und der Schweiz umfaßt. Die UCPTE arbeitet auf völlig freiwilliger Basis, um die bestmögliche Ausnutzung vorhandener und noch zu errichtender Kraftwerke und Hochspannungsanlagen zu ermöglichen.
- 14) Entnommen aus dem Vortrag von Prof. Wessels am 13.12.63 im energierechtlichen Institut in Grenoble unter dem Thema "Die neuen Energietransportverfahren und ihre Auswirkungen auf Gebietseinrichtungen".
- 15) Aber auch die leitungsgebundene El. Wirtschaft kann z. B. durch technische Neuerungen, wie z. B. durch die Weiterentwicklung der sog. Thermionenwandler, welche in den UdSSR und VSA entwickelt worden sind, grundlegenden Wandlungen unterworfen werden.
- 16) Vgl. Vos aaO, 326.
- 17) Nürck/Solling aaO, 450: Bei Verdoppelung der Verbrauchsdichte im Niederspannungsnetz 65 %, bei Verdreifachung nur 47 % des Ausgangswertes. Vgl. auch Cautius, W., Kapitalbedarf der Netze, EW 56, 119 ff.
- 18) Vgl. Armand, aaO, 26. Allgemein entsteht also oft die Frage der Verbrauchs- und Erzeugungsorientierung der Kraftwerkstandorte, da häufig der Kostenvergleich möglich und die Kosten und Leitungsverluste (ca. 11 % im europäischen Netz, Armand aaO, 90) erheblich sind.

- 19) S. Scherzer aaO, 70. Wegen der hohen Kosten der Anlagen ist bei steigender Abnahme und Erhöhung der Benutzungsdauer eine erhebliche Kostendegression gegeben, welche in den Lieferverträgen in vielfacher Form berücksichtigt wird.
- 20) Lt. Nürck/Solling aaO, 450 ist in der BR die jahresdurchschnittliche Benutzungsdauer zwischen 1949 und 1960 von 2500 auf 2800 Stunden gestiegen.
- 21) Vgl. Buderath, Ordnungspolitik, 15.
- 22) Dieser economy flow fördert so die erwünschte Konzentration der El. Wirtschaft auf die rationellen Grundfunktionen der unter optimalen Bedingungen erfolgenden Erzeugung, Weiterleitung und Verteilung und beschleunigt die Stilllegung der unrentablen Anlagen. Vgl. auch Nürck/Solling aaO, 447 ff.
- 23) Vgl. VIK-Mitteilungen Nr. 6 aus 1958, S. 88.
- 24) Im nationalen wie internationalen Verbund werden die Angebote und Nachfragen im Telephonverkehr wie auf der Börse notiert und von den Schaltzentralen der Verbundunternehmen fortlaufend und prompt erledigt, ohne daß es bisher ernsthafte Auseinandersetzungen bei den Verrechnungen gegeben hätte. Vgl. Roser aaO, 159.
- 25) Im Verhältnis zum Gesamtverbrauch ist der Stromaustausch zwischen einzelnen Landesteilen oder Staaten gering, was insbesondere auf die o. a. technischen und wirtschaftlichen Gründe zurückzuführen ist. Oft ist ein Reservekraftwerk an Ort und Stelle billiger. Vgl. auch: Les pools et l' économie électrique européenne, Revue fr. del' Energie n^o 71, 1956, 146 ff.
- 26) Vgl. Schuler, Raumordnung, 4.
- 27) Vgl. Lilienfein EW 62, 57.
- 28) S. Die Energiewirtschaft, 100.
- 29) Dito, 101
- 30) Dies hat zu Schwierigkeiten bei der Kapitalssuche auf dem freien Kapitalmarkt geführt, weshalb auch nach Außerkrafttreten des Investitionshilfegesetzes im Jahre 1956 eine hohe Selbstfinanzierungsquote (damals zu 63 % aus Abschreibungen) beibehalten werden mußte. Vgl. Lilienfein, Finanzierungsprobleme, 16.

31) Wie sehr sich die Kostenstruktur in der El. Wirtschaft geändert hat, ergibt sich z. B. daraus, daß der spez. Brennstoffverbrauch auf ein Drittel gesunken ist und der Brennstoffanteil im Strompreis dennoch auf das Dreifache gestiegen ist. Die Kapitalkosten pro kW sind in den letzten 10 Jahren um 45 % gefallen, vgl. ECE Working Paper n^o 222 v. 7.8. 1961; Schumacher, Bedeutung, 36.

32) Etwa in Hinblick auf Reedereien

33) Als Vergleich:

Gesamtsumme in %	Hoechst, Bayer BASF	Siemens & Halske, AEG	RWE
der Umsätze	7,8	7,9	10,7
des Grund- kapitals	22,8	45	34,7
der Anlage- werte	7,2	16,7	4,3

34) Vgl. Müller, Wettbewerbslage, 67.

35) Vgl. Solling ET 58/59, 11.

36) Vgl. etwa das westdeutsche Gesetz zur Sicherung des Steinkohleeinsatzes in der El. Wirtschaft vom 5.9.66 (BGBl I 545).

37) Häufig besteht hier für die Elektrizität überhaupt kein Substitutionswettbewerb, zumal ihr Preis im Verhältnis zum Maschinenpark unbedeutend ist; vgl. Buderath, Ordnungspolitik S. 8. Insbesondere auch dann, wenn sich andere Motoren den Produktionsbedürfnissen nur mangelhaft anpassen können und deshalb oft erst die Umwandlung in el. Energie erfolgt. Von Bedeutung ist auch die Personalersparnis im Gewerbe und Industrie; vgl. Scherzer aaO, 70.

38) Der Wettbewerb auf dem Wärmemarkt drückt so die Preise auf dem Lichtmarkt.

39) Oft konkurrieren heute in erster Linie die Energiewandler. Erst die Gesamtkosten der gewünschten Nutzenergie und der Komfort der Darbietung sind für die Auswahl des Energieträgers bestimmend. Dies gibt oft zugunsten der el. Energie den Ausschlag; vgl. Müller, Wettbewerbslage, 69.

- 40) Die Verbrauchsstruktur der westdeutschen El. Wirtschaft im Jahre 1962 (aus: Die El. Wirtschaft im Bundesgebiet, EW 1963 Sonderdruck Nr. 930, 16); Haushalt; 16, TWH, Handel und Gewerbe 9, 1; öffentliche Einrichtungen 5, 3; Verkehr 2, 5; Landwirtschaft 2, 4 (zusammen 35, 4); Industrie 82, 2 (davon Chemie und Mineralöl 24, 5; eisenschaffende und -verarbeitende Industrie 22, 9; Bergbau 11, 1; Steine, Erden, Glas, Cheramik 5, 8; NE-Metalle 4, 9; Textil 3, 2; Papier 4, 3; Nahrungs- und Genußmittel 2, 7; sonstige Industrie 2, 8.
- 41) Man erwartet in der BR für das Jahr 1975 einen Anteil an der Gesamtproduktion von etwa 31 %, vgl. Körfer, Stromerzeugungsanlagen, 3. In den VSA ist dagegen eine leicht rückläufige Entwicklung der industriellen Eigenerzeugung zu beobachten, welche ihre Ursache in einer wesentlich anders gelagerten Preisrelation zwischen Brennstoff und Investitionskosten haben dürfte, vgl. VIK-Mitt. 1958, Nr. 6, 89. Wie sich die Situation durch die zunehmend konkurrenzfähige nukleare El. Erzeugung ändern wird, kann noch nicht abgesehen werden, vgl. insbesondere FAZ 62, 113; 64, 76, 17; 64, 248, 5. Allgemein wird angenommen, daß die Atomkraftwerke in absehbarer Zeit die Veredelung fossiler Energieträger zu el. Energie nicht verdrängen wird. In nächster Zeit werden kleine Unternehmen andererseits auch keine Kernkraftanlagen erstellen können, wenngleich sich die Elektroindustrie als Lieferanten der kostspieligen Anlagen zunehmend in Höhe ihrer Lieferungen bzw. mit einem Teil von diesen an den el. wirtschaftlichen Unternehmen beteiligen.
- 42) Allerdings ist zu beachten, daß der Stromtransport, insbesondere über größere Strecken, teurer sein kann als der entsprechende Primärenergieträger-Transport.
- 43) Vgl. Körfer, Stromerzeugung, 192.
- 44) Für das Jahr 1959 schätzt man, daß etwa 20 Mrd. kWh, d. s. rd. die Hälfte der nach der amtlichen Industrie-Berichterstattung ausgewiesenen Industriestrom-Erzeugung von 39, 2 Mrd. , aus dieser Produktion hervorgegangen sind.
- 45) In der BR hat die Erzeugung der Steinkohlebergwerke 1959 57 bis 66 % der gesamten industriellen Produktion umfaßt. Viele Kleinwasserkraftwerke - hauptsächlich Mühlen mit Laufwasserkraftwerken - befinden sich in ähnlicher Lage. Hinsichtlich der zunehmenden Verstromung saarländischer Kohle s. FAZ 64, 302, 22.
- 46) S. Körfer, Stromerzeugung, 183.

- 47) Vgl. Kroms, aaO, 471.
- 48) Hierzu Dittrich aaO, 220
- 49) Welche allerdings noch immer geringer als die Kosten für eine potentielle eigene Zus/ResV durch Zusatzaggregate bleiben müßten.
- 50) Wobei im letzteren Fall zu berücksichtigen ist, daß jede Mehrbeanspruchung des öffentlichen Netzes wegen der besseren Ausnutzung der bestehenden Anlagen eine Kostendegression bewirkt.
- 51) D. h. durch große Kosten- und Preisunterschiede zwischen den Konkurrenten bedingte Störungen des Marktmechanismus.
- 52) Das letztere nimmt Schoenauer, Marktprozesse, 41, zu Unrecht grundsätzlich für die Vertragsbeziehungen zwischen westdeutschen Industrieunternehmen und öVU hinsichtlich der Zus/ResV an, ohne die Dreiteilung der Teilmärkte in Grund-, Zusatz- und Reserve-Versorgung zu beachten. - Die wettbewerbliche Situation wird noch komplizierter, wenn der Transport bzw. Kauf von Überschußstrom durch dasselbe öVU übernommen wird. Wirtschaftlich hat ein derartiger Parallelverkehr in beiden Richtungen schon aufgrund der besonderen Ausnutzung der Leitungsanlagen bedeutende Vorteile.
- 53) Ebenso Schoenauer, Marktprozesse, 48

1. Teil

- 1) Vgl. den berühmten Beschluß des CE v. 22.6.28, Rec. des arrêts du CE, 785; Sirey 28.3.113.
- 2) Welches mit den von der Zentralverwaltung herausgegebenen und vom CE gebilligten Mustern übereinstimmen muß (Art. 6 Abs. 2 G 06).
- 3) Insoweit wird auf das wasserrechtliche Gesetz v. 8.4.98 verwiesen; das Verfahren ist in der VO v. 18.3.17 geregelt.
- 4) Dazu auch das Gesetz v. 10.3.48; vgl. Ginocchio aaO, 184.
- 5) Dazu Art. 60 der Ordonnanz vom 23.10.59.
- 6) So den Kohlebergbau durch Gründung der Houillères de bassin und Charbonnages de France (Gesetz v. 17.5.46), den Lufttransport (Gründung der C^{ie} Air France, Gesetz v. 16.6.48), den Seetransport (Gründung der C^{ie} générale transatlantique und C^{ie} de menageries maritimes, 1948), die großen Depotbanken (Banque nationale pour le commerce et l' in-

dustrie, Comptoir d'excompte, Credit Lyonnais und S^{te} Générale (Gesetz v. 2.12.1945), die großen Versicherungsgesellschaften (Gesetz vom 24.4.46), aber auch die Gründung der S^{te} nationale d'études et de construction de moteurs d'avion (SNECMA), Ord. v. 29.5.45 und der Régie nationale des usines Renault (RNUIR, Ord. v. 16.1.45).

- 7) Daneben auch die Régie Autonome des Pétroles (Erdgasverwertung), VO v. 29.7.39; Bureau de Recherches des Pétroles (Erdölforschung), VO v. 12.10.1945. Außer dem Erdöl ist die französische Energiewirtschaft völlig verstaatlicht. Vgl. hierzu auch Frisch, die Öffentliche Wirtschaft 52, 22 ff.
- 8) Vgl. auch Bordier/Deglaire aaO, 181 ff. und Ginocchio aaO, 26 f.
- 9) Von diesem Grundsatz sind einige Ausnahmen zugelassen worden, welche noch im einzelnen behandelt werden.
- 10) S. hierzu auch Colliard, Jeanneney/Colliard, 144/145; Bordier/Deglaire 195. Den Unterschied zwischen Nationalisierung und Verstaatlichung hat Rivero in "Le régime de nationalisation" wie folgt definiert (zitiert in Bordier/Deglaire):
 "Dans le régime des nationalisations, c'est la collectivité et non pas nécessairement l'Etat qui prend en charge l'entreprise. C'est-à-dire que celle-ci ne sera pas en principe gérée par les seuls agents de l'Etat, selon les méthodes habituelles de la gestion étatique, c'est-à-dire en outre qu'elle ne tombera pas nécessairement dans le domaine public ou privé de l'Etat. Sans doute on peut concevoir que l'Etat, représentant la collectivité nationale, prenne en charge pour le compte de celle-ci la gestion de l'entreprise; on aboutit ainsi à une nationalisation étatisée, mais ce n'est qu'une modalité possible parmi celles qui peuvent affecter la nationalisation".
- 11) Ebenso Bordier/Deglaire,¹⁹⁵⁾ Allerdings bestimmt Art. 6: "L'ensemble des biens, droits et obligations des entreprises qui ont pour activité principale la production, le transport ou la distribution de l'électricité ou du gaz sur le territoire de la métropole est intégralement transféré aux services nationaux sous réserve des dispositions de l'article 15". Danach entsteht die Frage, ob neben der EDF auch der Staat Empfänger der übertragenen Vermögenswerte sein soll. Sie ist umstritten, kann hier jedoch auf sich beruhen. Einzelheiten darüber in L'Huillier-Vedel, D Chronique XXXI; Le régime des biens des entreprises nationalisées, C. jur. D' EDF (Bordier/Deglaire, 196, spricht von Überführung "nackten Eigentums

an den Staat oder um die Ausstattung der öffentlichen Unternehmen mit der bloßen Verfügungsgewalt über der Nation gehöriges Kapital).

- 12) Art. 7 Abs. 1 regelt die auf das französische Territorium begrenzte Nationalisierung von el. wirtschaftlichen Unternehmen mit Tätigkeiten außerhalb Frankreichs; Abs. 2 bestimmt, daß Aktien von Filialbetrieben, welche dem übergeordneten Unternehmen gehören, dann nicht nationalisiert werden, wenn dieses seinen Tätigkeitsbereich und entsprechend seine Fa. innerhalb einer vom Minister für industrielle Produktion festgelegten Frist ändert. Dabei beträgt die Mindestbeteiligung an der Tochter 25 % des Kapitals. - Die Ausnahmen der Art. 8 und 23 werden noch behandelt werden.
- 13) In der Alpenzone wurden etwa 43 mit einer jährlichen Arbeit v. 2,7 TWh und in den Pyreneeen 10 mit einer jährlichen Arbeit von 0,5 TWh erfaßt.
- 14) Ähnlich Bordier/Deglaire, 235
- 15) Bei den Direktionen sind durch die VO v. 31.7.57 noch regionale Ausschüsse gebildet worden, in welchen die gemeindlichen Wünsche vorgebracht werden können.
- 16) Vgl. auch Art. 36.
- 17) Allerdings wird immer wieder diskutiert, ob für die staatlichen EVU noch weiterhin Konzessionen bei den Departements und dem Staat (für die Nutzung der domaine publique) eingeholt werden sollen; vgl. Jacquignon 162).
- 18) Dieses Lastenheftmuster gilt nur für die örtlichen EDF-Verteilerzentralen; für die örtlichen öVU i. S. des Art. 23 NatG hat das Lastenheftmuster v. 23.5.62 entsprechende Bestimmungen getroffen. - Die Entwicklung geht dahin, durch Zusammenschlüsse zu Gemeindeverbänden zum Zwecke gemeinsamer Konzessionserteilungen die Zahl der Konzessionen zu vermindern; vgl. Bordier/Deglaire, 237.
- 19) Bordier/Deglaire, 237
- 20) Falls zwischen dem SN als einzigem potentiellen Konzessionär und dem Konzedenten über die Lastenhefte keine Einigung zustande kommen sollte, ist ein Verfahren vor einem Schiedsgericht (dem Conseil supérieur de l'Electricité et du Gaz) vorgesehen (Art. 37 Abs. 3).

- 21) So sind z. B. établissements publics die nationalen Sparkassen (Caisse nationale d'épargne), die Handelskammern, das Kommissariat für Atomenergie, die Caisse des dépôts et consignations, l'Ecole centrale des arts et manufactures, die Universitäten, Fakultäten, Oberschulen, Gemeindeverbände etc..
- 22) Der Geschäftsbericht der EDF für das Jahr 1962, Paris 1963, 11 führt an: Eigenmittel 533, Fremdmittel 2685, davon 1500 FDES-Darlehen und 1012 öffentliche Anleihen, und 139 Mill. Francs Verlust.
- 23) Zur finanziellen Ausbalanzierung wurden 3,15 Milliarden Francs zur Vergrößerung des Aktienkapitals gezahlt gegen eine Dividendenpflicht gegenüber dem Staat von 3 %; s. Ginocchio, 31.
- 24) Die Organisation der EDF (dazu insbesondere Ginocchio, 55 ff.) zeigt einen starken staatlichen Einfluß. Erwähnt sei hier lediglich, daß der Verwaltungsrat (Vorstand) der EDF aus 6 Vertretern des Staates, 6 Vertretern der Unternehmensbelegschaft und 6 Vertreter der Verbraucher besteht, welche durch ein Gesetz bestimmt und verschiedenen Disziplinarrechten unterstellt werden (vgl. auch Frisch, die öffentliche Wirtschaft 53, 22).
- 25) So auch Bordier/Deglaire, 200. Dies ergibt sich auch aus den Motiven und Erklärungen in den Ausschüssen und der Nationalversammlung, ferner aus einigen Regelungen im Gesetz selbst. So entspricht z. B. die Verantwortung der Verwaltung derjenigen einer Aktiengesellschaft.
- 26) So wird z. B. das gesamte Vermögen der EDF nicht wie dasjenige eines Handelsunternehmens betrachtet; vgl. etwa Trib. civil de la Seine, CJ 53 N° 48, 81, 82; Cour d'Appel v. Chamberry-Douai D 51 I 421, 641; D 1949, 24; aA waren Cour d'Appel Paris D 51 I 418; Cour d'Appel Bourges D 51 I 420; C d C D 52, 737; Sirey 52, 1. Teil, 196. Aufgrund einer VO v. 30.9.53 ist jedoch auf die Pacht ihrer Liegenschaften und Räume das Gesetz v. 30.6.26 anzuwenden und damit Privatrecht. - Bei der Frage der Geschäftsabschlüsse der EDF mit privatwirtschaftlichen Unternehmen über die Ausführung öffentlicher Arbeiten ist nach der berühmten Entscheidung des CE v. 28.3.55 (Effimieff) von einer Ausweitung der Anwendung der Geschäfte über öffentliche Aufgaben auszugehen, wobei allerdings keine festumrissenen Kriterien erkennbar sind (vgl. dazu auch die Ausführungen des CE-Präsidenten Josse in seinem Werk Travaux publics et expropriation, abgedruckt in Bordier/Deglaire, 201). Die Vertragspartner der EDF gehen ohnehin seit langem von der öffentlich-recht-

lichen Natur der Rechtsgeschäfte aus (vgl. Bordier/Deglaire, 202). Der Hauptunterschied zu den privaten Geschäften besteht darin, daß bei den ersteren der öffentlichen Person das Recht einseitiger Vertragsänderung unter richterlicher Kontrolle zusteht. - Nach einer Entscheidung des CE v. 13.12.57 darf das *établissement public* von den Tarifen auch nicht durch Gewährung von Sonderrabatten oder sonstigen Zugeständnissen abweichen, was allerdings nicht ein Schlichtungsverfahren oder die Anwendung von Expertengutachten hindern soll. - Die Rechtsnatur der El. - Lieferungsverträge der EDF an Endabnehmer sowie die Frage der Tarifabweichungen wird noch gesondert in einem anderen Zusammenhang geprüft werden.

- 27) Die durch diese Unternehmen verteilte El. niedriger Spannung von ca. 700 GWh entsprach 1960 etwa 6,6 % der gesamten ELV dieser Kategorie bzw. 1 % des Gesamtel. Verbrauchs.
- 28) So Ginocchio, 36
- 29) Aufgabe der Atomgemeinschaft ist es, durch die Schaffung der für die schnelle Bildung und Entwicklung der Kernindustrie erforderlichen Voraussetzungen zur Hebung der Lebenshaltung in den Mitgliedstaaten und zur Entwicklung der Beziehungen mit den anderen Ländern beizutragen (Art. 1 Abs. 2). Ferner soll sie ausgedehnte Absatzmärkte und den Zugang zu den besten technischen Mitteln sicherstellen und zwar durch die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes für die besonderen von der Kernindustrie verwendeten Stoffe und Ausrüstungen, durch den freien Kapitalverkehr für Investitionen auf diesem Gebiet und durch die Freiheit der Beschäftigung für die Fachkräfte innerhalb der Gemeinschaft.
- 30) Bisher besteht nur ein Gemeinschaftsunternehmen, und zwar die *S^{te} d' énergie nucléaire franco-belge des Ardennes* in Chooz mit einer Leistung von 150 000 kW. Die übrigen französischen Kernkraftwerke befinden sich in der alleinigen Hand der EDF.
- 31) Zu diesem Zweck bestehen: a) Der *Fonds d' amortissement des charges d' électrification* (Art. 38 NatG i. V. m. dem Gesetz v. 31.12.1936 und der VO v. 14.10.47 i. d. F. der VO v. 13.8.52 und der *ordonnance* v. 30.12.1958); b) Die *Caisse nationale de l'Énergie et du Gaz* (Art. 25 NatG i. V. m. der VO v. 26.11.48 i. d. F. v. 6.11.53). Sie ist finanziell selbständig und hat die Aufgabe, den Energieunternehmen für ihre Aufgaben die nötigen Mittel zur Verfügung zu stellen und die Entschädigungsverpflichtungen gegenüber den enteigneten Eigentümern der

verstaatlichten Betriebe zu tilgen, ferner die Koordinierung und Überwachung der von den Energieunternehmen herausgegebenen Obligationen vorzunehmen). c) Der Fonds de Péréquation de l'Electricité (VO v. 18. 9. 56, welche Art. 33 NatG ändert). Er soll die Zuwendungen an die durch Art. 23 NatG von der Nationalisierung ausgenommenen El. Unternehmen, d. h. die Regiebetriebe, die Verbrauchergenossenschaften (co-operatives d'usagers, sociétés d'intérêt collectif agricole concessionnaires d'électricité (SICAE)) vornehmen. Diese Leistungen sollen die Folgen der neuen Tarifierung des EDF-Lastenheftes für die Hochspannungsstrom-Lieferungen ausgleichen (Sonderrabatte, welche durch die Gewinne der örtlichen EDF-Verteiler und durch Privathand finanziert werden).

- 32) Vgl. i. einzelnen Art. 3 VO n° 53-413 v. 11. 5. 53 über die technische, wirtschaftliche und finanzielle Kontrolle der EDF, GDF, Charbonnages de France und Houillères de bassin, welcher allerdings durch das Gesetz v. 3. 4. 55 aufgehoben wurde, so daß z. Zt. keine positivrechtliche Regelung der Kompetenzen des Direktors für Gas und El. besteht (Bordier/Deglaire, 305).
- 33) Spätere Dekrete haben die Organisation näher bestimmt.
- 34) Art. 1 Ord. n° 59-2 v. 2. 1. 59
- 35) Es gab z. B. für die Jahre 1958/59 keinen Plan.
- 36) Bordier/Deglaire, 309
- 37) Bordier/Deglaire, 310; Ginocchio, 159
- 38) Auch die Gehälter und die Sozialversicherung der Belegschaft sind ministeriellen Verfügungen und Verordnungen unterworfen (dazu Bordier/Deglaire, 311 ff.).
- 39) Zwischen "Tutelle" und "Contrôle" besteht keine eindeutige Grenze; die Begriffe selbst sind nicht definiert. Die Tutelle ist dann anzunehmen, wenn bestimmte Entscheidungen der öffentlichen Unternehmen einer vorherigen Genehmigung oder positiven Stellungnahme bedürfen (Bordier/Deglaire, 302).
- 40) Siehe im einzelnen Bordier/Deglaire, 315, 320 ff..
- 41) Im einzelnen: Bordier/Deglaire, 316
- 42) Bordier/Deglaire, 325 ff.
- 43) Ebenso Bordier/Deglaire, 210

44) S. Martin, 208

45) Vgl. Bordier/Deglaire, 213

46) Unternehmen, welche für die öffentliche Versorgung nur untergeordneter Bedeutung sind.

47) Übersetzung des Verfassers

48) So Bordier/Deglaire, 213

49) Dazu schreibt Bordier/Deglaire, 215:

"Si cet élargissement du secteur libre explique certains scrupules manifestés devant le Parlement, il eût été profondément contraire à l'intérêt général de s'arrêter à ces scrupules dogmatiques, en refusant de reconnaître que l'intérêt national bien compris postulait l'élargissement du domaine libre. Comme l'a dit très justement, un des interpellateurs, "la nationalisation étant une oeuvre humaine, il était raisonnable de la perfectionner en permettant l'utilisation de toutes les ressources, même celles de l'industrie privée, pour arriver à équilibrer la production et la consommation"".

50) Nach der Rechtsprechung liegt so z. B. bei der ElV eines Filialbetriebes oder von getrennt gelegenen Belegschaftswohnungen keine EigenV vor. So CE D 29.3.37; DH 32, 496; Bulletin de la Chambre syndicale des forces hydrauliques n° 725; Tribunal civil de St. Giron, CJ Mai 53, 77. Entgeltlichkeit ist ohne Belang (ebenso Blaevot, Anm. in DP 36.3.63). Die Verwaltung hat jedoch in besonderen Fällen nicht nur den Begriff der juristischen Person, sondern überhaupt die Auslegung dieser Vorschrift recht großzügig gehandhabt. So hat der Industrieminister und CE z. B. die Gemeinschaftszentrale von Richemont nicht als selbständiges Unternehmen - was sie tatsächlich ist -, sondern als "Gesamtheitseigentum" der 6 gründenden Hütten und stahlverarbeitenden Gesellschaften behandelt, wobei von einer näheren juristischen Qualifizierung der Zentrale abgesehen wurde. Die Gesellschaften werden als "aherents" behandelt. Diese Regelung kann nicht nur als Politikum oder Beweis der Industriefreundlichkeit des Industrieministers gewertet werden; es kommt hier auch das Streben nach wirtschaftlich optimalen Lösungen zum Ausdruck.

51) Zum Verfahren finden sich die Regelungen in der VO n° 50-1340 v. 23.11.1950.

52) So auch Martin, 210

53) Jedenfalls nach Bordier/Deglaire, 216

54) Vgl. Bordier/Deglaire, 216.

55) S. Bordier/Deglaire, 216; Saulgeot, 58.

56) Ohne die bedeutenden Kraftwerke am Lacq-Artix, welche die EDF in Zusammenarbeit mit einigen Industrieunternehmen verwirklicht.

57) Vgl. auch Baumgartner, 283.

58) Im Jahre 1963 haben erzeugt:	Thermisch	Hydraulisch
EDF	25,1	32,9 TWh
Stein- und Braunkohlebergwerke	10,7	0,3 TWh
Eisen- und Stahlindustrie	4,8	- TWh
Transport und Schiene	-	1,6 TWh
Elektrochemie	0,3	0,2 TWh
übrige Industrie	4,0	0,7 TWh

59) So Bordier/Deglaire, 58

60) S. auch Revue française de l'Energie, Dez. 58, n° 103, Faits et Travaux de mois, 86.

61) Anführungsstriche vom Verfasser

62) Diese Revisionsmöglichkeit ist ausdrücklich zugelassen.

63) Die Mindestgrenzen sind mit den Höchstgrenzen der Niederspannungslieferung identisch oder niedriger und können in den einzelnen Zonen eines V. Gebietes unterschiedlich sein (vgl. Art. 19 Abs. 3 der Lastenheftmuster).

64) S. dazu die o. genannte Vorschrift des Art. 10 Abs. 2 des SN-Lastenheftes, welche eine Anzeigepflicht für die Direktlieferung durch den SN aufstellt.

65) S. Anm. 50 und S. 39.

66) Vgl. auch Ginocchio, 215.

67) Vgl. Philipp, 54.

68) So auch Bordier/Deglaire, 86

69) Vgl. Vedel, CJ 60, 2.

70) Ähnlich Philipp, 54

- (71) S. Bordier/Deglaire, 83.
- (72) Vgl. hierzu Bordier/Deglaire, 72 ff., insbesondere 80 ff.; Delion, 133 ff. (134); Felice, 161.
- (73) So Boiteux, *Revue française de l'Energie*, Dez. 56, abgedruckt in Bordier/Deglaire, 83, 84.
- (74) So Kuppert, *Hochspannungstarif*, 23
- (75) Felice, 161
- (76) Vgl. Ginocchio, 222.
- (77) Vgl. hierzu auch Kuppert, *Hochspannungstarif*, 23.
- (78) Dazu der EDF-Tätigkeitsbericht 1959 (Bordier/Deglaire, 92):

"L'application progressive du tarif vert au cours de l'année 59 s'est relevée particulièrement bénéfique. Ce tarif, en "aplatissant les pointes", permet avec moins d'investissements de livrer davantage de kWh et d'abaisser les prix de revient. Cette réforme, grâce à la diminution qu'elle a apportée à la puissance de Pointe, a permis de gagner environ un semestre sur les objectifs de production auxquels doivent faire face nos programmes d'investissements".
- (79) Zurecht meint Janssen, 138/9, die französische Tarifierung übertreffe zwar alle bestehenden El. Tarife in ihrer Kostenechtheit, könnte jedoch mangels einer theoretisch konsequenten und betriebsangemessenen Berechnung der langfristigen Festkosten, welche den Hauptfaktor der El.-Preis-Berechnung darstelle, keine kostenechte Gesamtkostendeckung erreichen.
- (80) Vgl. Bordier/Deglaire, 86 ff.; Philippi, 52; Kuppert, *Hochspannungstarif*, 26. Die EnergieV nutzt im Sommer im weiten Maße die großen hydraulischen Kraftwerke der französischen Berge; im Winter muß im größeren Umfang auf die thermischen Kraftwerke zurückgegriffen werden. Diese Tarife sind nur aufgrund des nationalen Verbundes möglich.
- (81) Etwa 30 bis 40 % bei einer Lieferung durch eine 150 kV-Leitung gegenüber einer solchen über eine 5 kV-Leitung.
- (82) Vgl. auch Kuppert, *Hochspannungstarif*, 27.
- (83) Wegen der gemeinsamen Abhängigkeit von dem meist parallelen Witterungsabläufen

84) Kuppert, Hochspannungstarif, 28

85) Der El. Preis errechnet sich nach dem Anhang zum Dekret v. 11.4.37
nach $p = p_0 + n (I - I_0)$.

86) S. dazu weiter unten.

87) Hierzu auch Bordier/Deglaire, 89

88) S. Bordier/Deglaire, 92. Die Niederspannungsverträge sind nur bis durchschnittlich 20 kW möglich; darüberhinaus wird mitunter auch vom El.-Verteiler hochgespannter Strom geliefert (vgl. auch Philippi, 55).

89) Art. 36, 37 NatG; s. auch Philippi, 59.

90) Vgl. Lescuyer, 287; Philippi, 52; Wegerhoff, 375.

91) So auch Lescuyer, 287

92) S. die GesetzesVO v. 17.6.1938.

93) Vgl. Lescuyer, 288; Ginocchio, 176.

94) Ebenso Lescuyer, 287

95) Seite 29

96) Am 1.8.64 wurden die Tarifpreise durch den Arrêté n° 24 973 v. 30.7.64 (s. o. Anm. 84) erneut um 1,75 % erhöht.

97) S. hierzu Frisch, Die öffentliche Wirtschaft, 53, 22; um 1953 herrschte z. B. die Tendenz, die staatlichen Unternehmen sollen Gewinne erzielen um noch stärker als der Privatbesitz in der Lage zu sein, mit eigenen Mitteln ihren weiteren Ausbau zu finanzieren. So wurde in die Tarife außer einer normalen Amortisationsquote noch eine Eigenfinanzierungsquote einkalkuliert, während z. B. bei der Eisenbahn von vornherein ein Defizit hingenommen wurde. Im Ergebnis ist auch die öffentliche EIV bei der Modernisierung und dem Ausbau restlos vom Staat finanziert worden (vgl. auch Frisch, Die öffentliche Wirtschaft 54, 20). In der Folgezeit ist die politische und soziale Zielsetzung der Nationalisierung jedoch deutlich hinter der wirtschaftlichen Forderung nach einer ebenso expansionistischen wie rationellen Produktion offensichtlich zurückgetreten (vgl. Frisch, Die öffentliche Wirtschaft 56, 23). Dies ist eine Folge der politisch unabhängigen und stabilen Führungselite der EDF (so Frisch aaO) und der kostennäheren Tarifierung.

- 98) Vgl. auch Frisch, Die öffentliche Wirtschaft 58, 16, 17; Osterkamp, 195.
- 99) So etwa 1962 mit 138,5 Mill. Francs gegenüber einem sehr kleinen Gewinn im Jahre 1961 (EDF-Tätigkeitsbericht für das Jahr 1962, S. 30).
- 100) So Philippi, 50
- 101) Vgl. auch Martin, 210.
- 102) CJ 1954 Nr. 59, Mai, 94
- 103) Cour d'Appel Toulouse, CJ Mai 54, Nr. 59, 96
- 104) Unterstreichung vom Verfasser
- 105) Ebenso Martin, 211
- 106) S. auch Bordier/Deglaire, 245.
- 107) Letzter Abs. abgedruckt in Martin, 211
- 108) So auch Bordier/Deglaire, 247
- 109) Ebenso Bordier/Deglaire, 246
- 110) Abgesehen von der Vorzugsstellung der reinen VUnternehmen ("Producteurs-Vendeurs"), welche schon vor der Nationalisierung bestanden und in den Jahren 1943/44 eine Jahresdurchschnittsarbeit von bis zu 12 Mill. kWh aufwiesen.
- 111) So Boiteux, Les tarifs, 121
- 112) So zurecht Martin, 214
- 113) S. oben Seite 50.
- 114) Anm. 1 zu Art. 27
- 115) So auch Boiteux, Les tarifs, 120
- 116) Bei der ungesicherten Leistung 0,5, bei der diagrammierten im Winter 0,8, im Sommer 0,7 und bei der programmierten 1 bzw. 0,8.
- 117) So Kuppert, Hochspannungstarif, 31
- 118) Auf diesen besonderen Vertrag wird noch näher eingegangen.
- 119) Wegen der industrie eigenen Leitungen s. weiter unten.

- 120) S. dazu oben Seite 47 ff. die Erörterungen zur Preisgestaltung bei der Zus/ResV.
- 121) Die kilometrische Staffelung der Transportpreise dürfte allerdings eine kostengerechte Tarifierung und damit einen echten Kostenvergleich beider Transportarten vereiteln.
- 122) Die Errichtung solcher Verbindungsleitungen bedarf bei der Benutzung öffentlicher Wege, wie bereits dargestellt, der öffentlich-rechtlichen Wegeerlaubnis, Gesetz v. 15.6.06 i. d. F. v. 27.2.25 und hat den dort vorgeschriebenen Bedingungen zu entsprechen. - Das Verfahren und die Ausführungen der Arbeiten richten sich nach dem 2. Kapitel des Dekrets v. 29.7.27.
- 123) Im Falle eines ablehnenden Gutachtens des obersten Energierates (Conseil Supérieur de l'Electricité et du Gaz) unterscheidet der Staatsrat (CE) auf dem VO-Wege über die Wegeerlaubnis (vgl. auch Kuppert, Hochspannungstarif, 33; Fischerhof, Intensivierung, 91, 98).
- 124) Vgl. auch Martin, 213.
- 125) S. Martin, 213.
- 126) Übersetzung des Verfassers
- 127) Der Streit um die Rechtmäßigkeit und Gültigkeit dieser Bestimmung ist in der abschließenden Entscheidung v. C u. C v. 13.7.1961, D 61, 525 ff. im positiven Sinn entschieden worden.
- 128) Statt aller Safferling, 668; Sennewald, 144
- 129) Z. B. Colliard und Vertreter der Rechtsabteilung der EDF auf persönliches Befragen
- 130) Z. B. Art. 45 Abs. 2 NatG; vgl. die Entscheidung des Conseil de préfecture Interdépartementale de Pau v. 25.4.51, D 51, 716 mit Anm. v. Baevoet; Tribunal des conflits v. 20.3.43, Sirey 1945 III, 8; Conseil de Préfecture de Montpellier v. 28.3.49; Conseil de Préfecture Interdépartementale de Versailles, D 50 I 59 und 508 mit Anm. v. Plaevoet.
- 131) Z. B. CE v. 5.11.37, D H 38, 88; Cour de Cassation v. 25.6.41, D. A. 41 I 327; D. C. 43 I 12 mit Anm. v. Blaevoet; s. auch Philippi, 59.
- 132) So auch Hose, 143; die C. d. C hat in der Entscheidung v. 26.11.24 lediglich von einem gegenseitigen Rechtsverhältnis speziellen zivilrechtlichen Charakters gesprochen; ebenso Tribunal Administratif de Nice v.

- 12.5.54; D 48 I 291.
- 133) S. Tribunal de Paix de Nice v. 28.4.48, D 48 I 291; CE v. 16.6.1950, Sirey 1951 III, 72; Recueil CE 1950, 374.
- 134) So auch Vedel, JC 60, 7
- 135) Vedel CJ 60 N^o 121, 8 ff.; grundlegend Teste, CDJ N^o 15, 1950 278 ff. und Grunebaum-Ballin CJ N^o 33, 1952, Doc. 2 ff. zu den Art. 37 Abs. 2 und 45 Abs. 2 NatG; Tribunal des Conflits, Entscheidung v. 19.5.58, D 58 I 699, Anm. v. Robert.
- 136) Wobei JC 60, 8, sogar einen normativen Hoheitsakt annimmt.
- 137) Wie Anm. 130
- 138) Vedel, CJ 60, 10
- 139) Vedel, CJ 60, 10
- 140) Vgl. auch Wegerhoff, 222.
- 141) V. 13.3.1810; vgl. C d C v. 12.11.57, Bulletin de la Chambre criminelle 57, 1306, wonach das Gesetz neben den neuen Vorschriften heute noch gültig ist (i. d. F. v. 3.12.26); s. auch Art. 59^{quater} letzter Abs. PreisVO. - Zum Verhältnis zu den Art. 85 ff. EWGV s. Japy aaO, Toutée aaO, Wegerhoff 317 ff., insbesondere aber Blaise aaO.
- 142) Vgl. auch v. Gamm, Kartellrecht, 74.
- 143) Die auf Art. 1382 und 1383 Code civil gestützten Regeln des unlauteren Wettbewerbs werden nicht als Wettbewerbsschutz betrachtet, vgl. Soussuarn-Bredin aaO; Sennewald, 16.
- 144) Vgl. Tchernoff, 414 Nr. 234; Sennewald, 20.
- 145) Vgl. Tchernoff, 372 n^o 209; Sennewald, 16.
- 146) Vgl. auch Sennewald, 16.
- 147) So etwa Plaisant-Lassier, 177 ff.; dagegen Loussouarn-Bredin, 36
- 148) Vgl. auch Sennewald, 177.
- 149) Vgl. auch Deringer, Wettbewerbsrecht der EWG, Art. 90 A 14. Dagegen läßt sich immer ein Interesse des Wirtschaftsministers insbesondere für solche Maßnahmen feststellen, welche für öffentliche Stellen (z. B. Militärverwaltung) oder öffentliche Unternehmen wie die EDF unangenehme Folgen haben könnten, vgl. Wegerhoff, 310.

- 150) Zu Art. 37 vgl. besonders die Ausführungen von Farjat, 257; ferner v. Gamm, Kartellrecht, 76.
- 151) Soweit durch die Lastenhefte oder die Verletzung von deren Regelungen durch die öVU Rechte der iEEr verletzt werden, ist nur der Verwaltungsrechtsweg gegeben, vgl. Philippi, 53.
- 152) So auch Philippi, 54
- 153) Im Ergebnis ebenso Pour M. Cuhaire, le statut des entreprises publiques, Dr. soc. 1947, 253; Blaise, 97
- 154) Derartige Fälle dürften angesichts der im weiten Maße sachangemessenen, bis ins einzelne gehenden Lastenheft-Regelungen und des dadurch bedingten guten Verhältnisses zwischen öVU und iEEr (so Philippi, 54) allerdings recht selten sein.
- 155) Internationale Vergleiche der SN-Tarife für die industriellen Sonderabnehmer haben dies immer wieder bestätigt, besonders eindrucksvoll gegenüber den öVU-Tarifen in der BR und Belgien. Inwieweit allerdings die o. a. Gründe hierfür maßgeblich sind, ist sehr schwer zu ergründen und sehr umstritten. Sicherlich sind sie nicht die alleinige Ursache dieser Preisunterschiede. Vgl. hierzu aber auch weiter unten die Ausführungen zur Preisgestaltung in der BR.
- 156) Hier wird das im gesamten heutigen französischen Verfassungsleben zu beobachtende Übergewicht der Verwaltung gegenüber der rechtsetzenden und rechtsprechenden Gewalt deutlich.
- 157) Vgl. hierzu o. S. 48 und Anm. 79. Dazu Wessels (Tagungsberichte des Energiewirtschaftlichen Institutes der Universität Köln, Heft 8, 29): "Berücksichtigt man die Vielzahl der Modifikationen, die den Grundgedanken des französischen Verfahrens durchkreuzen, so ergibt sich, daß ihre Vorschläge eine eindeutige Preisfestsetzung für die Energiewirtschaft nicht sicherstellen. Dessus und Boiteux haben selbst wiederholt betont, daß sie in erster Linie Anregungen geben und Grundsätze zur Diskussion stellen wollen. Dieses Ziel ist sicherlich durch ihre Untersuchungen erreicht worden".

2. Teil

- 1) Vgl. List, 19; Turegg, NJW 54, 861 ff..
- 2) Vgl. BGH-Gutachten, BGHZ 9, 390 ff..
- 3) RGBI I, 1451 in der ursprünglichen Fassung mit der Änderung durch § 47 des Außenwirtschaftsgesetzes v. 28.4.61 und seiner DVOn.
- 4) Ebenso Bayer VGH EW RBeil 53, 28; ER I, 21 ff.; aA LG Wiesbaden ET 52/53, 61
- 5) Ebenso z. B. ER I, 21 ff.
- 5a) In einem kleinen Teilbereich, nämlich im Wettbewerb zwischen der sog. "Gemeinschaftskohle" und Heizöl bei den der Verstromung dienenden Primärenergien, hat zwar das Gesetz zur Sicherung des Steinkohleeinsatzes in der El. Wirtschaft v. 5.9.1966 (BGBl I 545) insbesondere den Grundsatz der wirtschaftlichsten El. Erzeugung verlassen und den den Steinkohleeinsatz steigernden el. wirtschaftlichen Unternehmen Subventionen (§ 11) zugesichert und grundsätzlich den Einsatz von Heizöl durch diese Unternehmen genehmigungspflichtig gemacht (§ 2). Dieses Gesetz interessiert in dem hier betrachteten Fragenkreis jedoch nicht weiter.
- 6) In Niedersachsen z. B. aufgrund des Runderlasses v. 9.2.59 unter Berufung auf das EnG und die Art. 83, 84, 129 Abs. 1 GG die Regierungspräsidenten bzw. Präsidenten der niedersächsischen Verwaltungsbezirke.
- 7) Die Energiewirtschaft bedauert allgemein die Dezentralisierung der El.-Wirtschaft; vgl. Grundsätze für ein neues Gesetz für die El.- und GasV, Bund der Deutschen Industrie (BDI) und der VDEW, Mai 1961, 14, 15.
- 8) Vgl. auch Malzer, Das Energierecht, 14.
- 9) Vgl. auch die amtliche Begründung zum EnG, ER I, 11 ff., 18.
- 10) Radtke, 47, nimmt mit gewichtigen Gründen an, § 4 Abs. 2 EnG verstoße gegen Art. 12 Abs. 1, 14 und 19 Abs. 2 sowie gegen die in den Art. 19, 20 Abs. 2 und 3 und 28 Abs. 1 GG festgelegten Rechtsstaatsprinzipien, weil das behördliche Ermessen keine tatbestandliche Bindung der Grundrechtseinschränkung enthält. - Detailliertere Einblicke in die allgemeine Statistik in der El.- und Gaswirtschaft und die Durchführung des Europäischen Industriezensus in der Volkswirtschaft v. 24.4.1963.
- 11) Abgesehen von Radtke äußert auch Fischerhof, Intensivierung 124, Bedenken, während das OVG Münster im Urteil v. 28.6.58, VIK-Mitt.

Nr. 2/59, 29 die Verfassungsmäßigkeit annimmt, vgl. auch BGH DÖV 55, 730.

- 12) Gegen diese Bestimmung bestehen ebenfalls verfassungsrechtliche Bedenken. S. dazu Radtke, 47; Fischerhof, Versorgung von Werkswohnungen, 148 ff. mit weiteren Literaturhinweisen Mangels, 591, 592.
- 13) So zu Unrecht z. B. Friesenhahn, 14
- 14) Vgl. DMR, 125, Anm. 5; Fischerhof, DÖV 57, 311; ER I, 150 ff.; Maunz, Gutachten, 17.
- 15) So auch DMR, 125, § 5 Anm. 2
- 16) Wobei es schon genügt, daß eine preisliche Unzulänglichkeit etwa durch Beteiligung des EVU an einer Verbundschiene behoben werden könnte (so auch Hacker, 15).
- 17) Vgl. Hacker, 15.
- 18) S. die 2. DVO zum EnG und die technischen Anschlußbedingungen für Starkstromanlagen mit Betriebsspannungen von 1 000 V im V. Gebiet der VDEW.
- 19) Vgl. Kohl, GWF 58, 815.
- 20) Hierzu Herhahn, 430; Müller-Engelhardt, 9
- 21) Gegen den privatrechtlichen Charakter der Nutzung öffentlicher Wege öffentlichen Eigentums aber insbesondere noch Schack, NJW 63, 1905; dazu Engert, NJW 64, 1300 ff..
- 22) Dieser Begriff wurde von Crome in seinem Aufsatz "Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Krieg" (ArchPrax Bd 115, 1 ff.) in Anknüpfung an das französische Konzessionsrecht empfohlen, dürfte rechtlich jedoch irreführend sein.
- 23) § 23 Abs. 1 des Entwurfs des LStr. G v. Baden-Württemberg (Landesdrucksache Beil 3285 v. 31. 7. 63) geht noch weiter: "Die Einräumung von Rechten zu einer Benutzung von Straßen, die nicht Gemeingebrauch ist, richtet sich nach bürgerlichem Recht, wenn die Benutzung den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt oder der öffentlichen Versorgung oder Abwasserbeseitigung dient".
- 24) Diese Regelung hat ebenso wie die kartellrechtlichen Sondertatbestände des § 104 Abs. 1 GWB den Streit um die privatrechtliche Natur der sog. "Konzessionsverträge" praktisch beendet, welche die el. wirtschaftlichen

Unternehmen mit Gebietskörperschaften abschließen, um sich gegen Entrichtung einer "Konzessionsabgabe" das ausschließliche Benutzungsrecht einräumen zu lassen. Hierzu insbesondere Fischerhof, DÖV 57, 305 ff.; Maunz, Rechtsgutachten; aber auch Schack, aaO. - Ob dieses Rechtsverhältnis als Miete, Pacht oder atypischer Vertrag (so Fischerhof aaO) aufgefaßt wird, ist hier unerheblich (dazu auch Müller-Engelhardt, 56 ff.; DMR § 2 A 10 c; Ganschezian-Finck, NJW 57, 288 mit Nachweisen aus der BGH-RSpr).

- 25) Vgl. Malzer, Das Recht der Leitungsverlegung, 9.
- 26) Vgl. BGH NJW 61, 308; ER V, 33a ff.; Kruchen, 741 ff.; Köttingen, 36; Malzer, Das Recht der Leitungsverlegung, 10.
- 27) Hierzu im einzelnen Malzer, WuW 62, 253; Schoenauer, GWF 58, 400; vgl. auch BT-Drs. 1158, 2. Wahlperiode 1953. Die Gebietskörperschaft ist hier nach dem funktionalen Unternehmensbegriff "Unternehmen" i. S. des GWB, vgl. Ballerstedt, EW 61, 561; BGH NJW 60, 145; BB 59, 174; KG WuW/E OLG 359; WuW/E BGH 359; KG WuW/E OLG 222 und BKartA Drs. Nr. 2734.
- 28) Vgl. auch Hoppe, 955 und dort angegebene Literatur.
- 29) S. auch Neufang, 23; Malzer, Das Recht der Leitungsverlegung 21; Kruchen 16. - Es ist unstreitig, daß auch öffentliche Wege enteignet werden können, soweit nicht die Widmung für den öffentlichen Verkehr betroffen wird; vgl. ER I, 269; Malzer WuW 62, 252; DB 63, 507; vgl. auch BVerfG DVBl 54, 295.
- 30) Aufgrund der AO des Generalinspektors für Wasser und Energie v. 27.1. 1942 für allgemeinverbindlich erklärten allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit el. Arbeiten aus dem Niederspannungsnetz des EIV-Unternehmens und allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem VNetz (zu deren Rechtsgültigkeit vgl. BGHZ 9, 390 ff.).
- 31) Über die Grenzen der Verpflichtung s. BGH-Gutachten BB 53, 371.
- 32) Vgl. Malzer, VIK-Ber. Nr. 127, 7.
- 33) Vgl. Malzer, DÖV 63, 508; Seufert, Bayer. Enteignungsrecht 52, 290, 291; ER I, 216 ff.. Über die Notwendigkeit der Enteignung vgl. Mattheis NJW 63, 1803 ff..
- 34) Das Wegerecht dürfte allgemein durch das in Vorbereitung befindliche PipelineG, welches auch die Öl-, Gas- und sonstigen Transportleitun-

gen erfaßt, neu gefaßt werden.

35) Vgl. Beck, 63.

36) So Lucas, 24. Dennoch ist die ELV, sofern sie privatrechtlich durchgeführt wird, primär unternehmerische Tätigkeit und nicht Erfüllung öffentlicher Aufgaben (vgl. etwa Schmidt/Huth, 1108, 1109).

37) Vgl. ER § 2 EnG A 6; DMR § 2 A 9 und 11; Fischerhof, Intensivierung, 136; Beschl. des BAG v. 3.12.54; s. im übrigen das Schrifttum in BB 55, 65.

38) Durch das Gesetz v. 31.12.1919, welches "unverhüllt die Bestrebungen der Wissel'schen Planwirtschaft wiedergibt" (so Buderath, Ordnungspolitik, 18), sollte die deutsche El. Wirtschaft zwar nationalisiert werden. Angesichts des entschlossenen Widerstandes aller el. wirtschaftlichen Unternehmen und mangels entsprechender Durchführungsbestimmungen wurde es jedoch ebensowenig wie die entsprechende Vorschrift in Art. 41 Abs. 1 Ziff. 1 der hess. Verfassung v. 11.12.1946 vollzogen.

39) Die Anzahl der EVU in %: öffentliche: 72,2 %, Bruttoerzeugung 41%; gemischtwirtschaftliche: 8,7 %, Bruttoerzeugung 56%; private: 19 %, Bruttoerzeugung 3 % (aus: Die Energie-Wirtschaft, Struktur, Organisation und Tendenzen, 105).

40) Diesen Begriff hat Forsthoff eingeführt; s. "Die Verwaltung als Leistungsträger", 1938, 7, 11 ff..

41) Statt vieler Zeiss, Das Eigenbetriebsrecht gemeindlicher Betriebe, 1956, 35, 38, 44, 45.

42) Abgesehen von § 8 Abs. 1 S. 2 EnG, welcher im Falle der Abmeierung bestimmt: "er (die Energieaufsichtsbehörde) kann ein anderes EVU mit der Übernahme der VAufgaben beauftragen".

43) Vgl. auch Maas, 41.

44) Turegg, NJW 54, 861 ff.

45) § 67 Abs. 1 DGO bzw. 75 BayerGO, § 69 GO v. NRW, § 98 Hess. GO, § 71 GO v. Rheinland-Pfalz, § 82 GO v. Schleswig-Holstein; § 85 GO v. Baden-Württemberg; § 89 GO v. Niedersachsen.

46) Aufgrund dieser Vorschriften kann nur subsidiär durch die Gebietskörperschaften eine ELV aufgenommen werden, Vgl. hierzu Maunz, Gutachten, 15; Ordemann, 23.

- 47) Im Gegensatz zum BGH, JZ, 217 ff., sieht Dorn, 137 ff. sogar in diesen Vorschriften Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB für die konkurrierenden privatwirtschaftlichen Unternehmen.
- 48) So Maunz, Grundfragen 315 ff.
- 49) So Fischerhof, DÖV 60, 41
- 50) Vgl. auch OVG Berlin, ET 9. Jahrgang, Heft 74, 38.
- 51) Vgl. insbesondere Fischerhof DÖV 57, 305 ff; DÖV 60, 41 ff.; Maunz, Rechtsgutachten; OVG Berlin aaO; List, 91; BayerVGH, RSpr. der Verwaltung in Deutschland, Bd. 9, 7 ff.; aA vor allem Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, 159; Friesenhahn, EW 57, 12 ff.; BayerVerfGH DÖV 58, 216; Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, 9 und 21.
- 52) Als Nebenfolge kann ein gewerbliches öVU auch öffentliche Zwecke wahrnehmen (RGZ 46, 154).
- 53) Hierzu ER VIII, 3; IV, 1, 7; Mees, 542 ff.; Forsthoff, 322 f., 358 ff.; vgl. auch BGH NJW 54, 1323; LG Düsseldorf EW RBeil. 51, Nr. 6, 53.
- 54) Vgl. dazu ProVG RVerwBl 29, 331; RG 148, 326; JW 35, 3614; LG Düsseldorf EW RBeil 51 Nr. 6, 2; ER I, 204, 205.
- 55) Die öffentlich-rechtliche ELV ist allerdings, wie bereits festgestellt, im Schwinden begriffen.
- 56) Für alle Geldhaar, DB 58, RBeil Nr. 3/58, Heft 6.
- 57) BT-Drs. IV/230, Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft; ca. 3 000 öVU (ohne Bundesbahn-Kraftwerke und denen des Bergbaus und der Industrie). Die 6 größten haben einen Anteil von 60 % an der Gesamterzeugung; die 50 größten 89 %. Von etwa 4 200 westdeutschen EVU sind rund 1300 Industrie- und Gewerbebetriebe. Von den 2900 hauptsächlichen EVU ist nur ein verhältnismäßig geringer Teil mit eigener Erzeugung tätig (Colloquium, 98).
- 58) S. dazu Willers, 102.
- 59) Der Gedanke der kommunalen EVU wird seitens der Gemeinden allerdings immer wieder verteidigt, vgl. etwa Vogel, ZfK, Dez. 1961, 1.
- 60) S. auch Willers, 69.
- 61) Vgl. etwa Schoenauer, Marktprozesse, 28.

- 62) Vgl. Nürck/Solling, 447; Müller, Komm., 241. Nach der VDEW-Statistik für das Jahr 1961, Frankfurt/M. 1962, 63 wurde bei 40,5% der 737 erfaßten Unternehmen der Strom mittelbar, d. h. über 2,3 oder mehr EVU an den Endverbraucher abgegeben.
- 63) Aus der Statistik: "Die ELV im Bundesgebiet", 1958, Sonderdruck der VDEW 59, 4
- 64) Vgl. hierzu aber Thomas, 1, welcher auch auf das Problem der vertikalen Erlösaufteilung besonders hinweist. Wie er zutreffend feststellt, müssen erfahrungsgemäß die regionalen und lokalen Weiterverteiler, die Strom von einem überregionalen EVU beziehen, das ebenfalls regionale und örtliche ELV betreibt, das entsprechende Preisniveau über kurz oder lang auch gegen sich gelten lassen.
- 65) Nach Kneller, 81 ff., waren z. Zt. der Veröffentlichung seiner Aufstellung in Württemberg tätig: 117 EVU mit der Versorgung von Endabnehmern; 8 Kraftwerke ohne eigenes VGebiet; 57 industrielle oder gewerbliche Unternehmen, die neben der Versorgung ihres Betriebes el. Strom unmittelbar an Verbraucher liefern; 326 industrielle oder gewerbliche Unternehmen, die neben der Versorgung ihres Betriebes Überschußstrom an andere Werke liefern. Von den 174 GebietsVU waren nur 29 ohne eigene Kraftquelle.
- 66) Vgl. auch Storck, 39, 40.
- 67) Vgl. Vetter, 647.
- 68) Vgl. auch LG Berlin, WuW/E LG/AG 116 "AOK"; bestätigt durch WuW/E OLG 307. Es liegt in derartigen Fällen kein Unternehmen i. S. des GWB vor.
- 69) Allerdings nahm der BT am selben Tag, an dem das GWB verabschiedet wurde, zu § 103 eine Entschließung an, in der die Bundesregierung er sucht wurde, den Entwurf eines neuen EnGs schnellstens vorzulegen, worin dann auch die wettbewerbsrechtlichen Fragen geregelt werden sollen (Niederschrift über die 223. Sitzung des 2. BTs, 13 251 und 13 297). Die Arbeiten zum neuen EnG haben jedoch noch keine konkreten Ergebnisse zeitigen können. Vgl. auch GemKo § 103 A 1.
- 70) Anlage zu BT-Drs. 1158. § 77 des Entwurfes entspricht § 103 des Gesetzes.

- 71) Unstreitig unterfällt hoheitliche Tätigkeit nicht dem GWB (vgl. etwa GemKo § 98 A 4; LG Berlin WuW/E 116, bestätigt durch WuW/E OLG 307). Das BKA hat die Unternehmenseigenschaft für die Bundespost verneint, wenn sie nach § 74 Abs. 2 PostO über die Zulassung einer Zeitschrift zum Postzeitungsdienst entscheidet (Tätigkeitsbericht 61, 47). Weiterhin im Ergebnis Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 28, der ebenso wie v. Köhler, DVBl 61, 605 darauf hinweist, daß dies aus der verfassungsrechtlichen Regelung der Bundesaufsicht gemäß Art. 84 GG zwingend folge. Fikentscher WuW/E BGH 365 und Mees, 542 nehmen dagegen zurecht dann ein "Unternehmen i. S. des GWB an, wenn jemand in der Lage ist, sich am marktwirtschaftlichen Wettbewerb zu beteiligen und ein Wille dazu vorhanden ist (vgl. auch Magen NJW 61, 145; Schramm, Das Unternehmen im System des GWB). Abgesehen davon, wird von der h. M. zu Recht die Beschaffenstätigkeit staatlicher oder sonstiger öffentlich-rechtlicher Stellen als eine dem GWB unterworfenen Tätigkeit angesehen (vgl. hierzu Mees, 541 ff. und die dort angegebenen Quellen) und Anm. 72).
- 72) Hinsichtlich der allgemeinen Frage der wettbewerbsrechtlichen Natur des Warenbezuges hoheitlich tätiger Betriebe, vgl. BGH WuW/E 449; BKartA Tätigkeitsbericht 59, 14; GemKo § 1 A 3; Rittner DB 57, 1092; Kracht NJW 62, 187 ff..
- 73) Vgl. Mees, 543; Schramm, zitiert nach Magen, NJW 61, 149.
- 74) Langen, Ko § 103 E II 1 möchte allerdings § 18 ausgeklammert wissen, da die Mißbrauchsaufsicht in § 104 GWB für die Bereichsausnahme geregelt worden sei. Dazu GemKo A 4 zu § 103 zutreffend, die Freistellung der Tatbetände des § 103 v. §§ 1, 18 habe nur rechtstechnische Bedeutung; sie soll das Nebeneinander zweier Arten von Mißbrauchsaufsicht vermeiden. S. dazu auch den schriftlichen Bericht des Ausschusses für Wirtschaftspolitik, BT-Drs. 3644 über den Entwurf eines GWB, zu § 77b zum Verhältnis der §§ 13 und 77b.
- 75) Die "VUnternehmen" in § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB entsprechen der Begriffsbestimmung in § 2 Abs. 2 EnG; d. h. es muß eine Versorgung anderer vorliegen (vgl. auch Lumpe, 1).
- 76) S. Müller-Gries, § 103 A 1.
- 77) Einhellige Meinung, für alle Cordt, EW 58, 576

- 78) Vgl. Fischerhof BB 58, 135; Beck, 63; Lanzenberger, 791; Cordt, EW 58, 576; Berichte des BKartA 1958/59/60, WuW-Schriftenreihe, 138. AA Schelberger, GemKo § 103 A 4, welcher fälschlich "bestimmte Gebiete" nur durch eine räumliche Abgrenzung bis zum Letztabnehmer für hinreichend gekennzeichnet ansieht, damit allerdings die Begriffsanforderungen, wie sich insbesondere aus der Gegenüberstellung des § 103 Abs. 1 Ziff. 1 GWB mit Ziff. 2 ergibt, überspannt.
- 79) Absolut h. M., z. B. Cordt EW 58, 576
- 80) Fischerhof, BB 58, 135; Cordt, EW 58, 576 und BKartA, aaO, 138 entgegen GemKo, Schelberger, § 103 A 8
- 81) Diese Klausel ist z. B. Bestandteil der sog. C-Verträge der Regionalunternehmen mit letztverteilenden Gemeinden.
- 82) Die Klausel, wonach bei bestimmten Sonderabnehmerverhältnissen der Sonderabnehmer die Wahl zwischen Regional- und Ortsunternehmen hat, bewirkt überhaupt keine Wettbewerbsbeschränkung (so auch Schelberger, GemKo § 103 A 8; BKartA Tätigkeitsbericht 60, 38).
- 83) So zurecht Lanzenberger, 792; Beck, 65
- 84) AA Schelberger, GemKo § 103 A 10, der für die Kapazitätsklausel § 103 in keinem Fall für anwendbar ansieht, ohne diese Ansicht jedoch hinreichend zu begründen.
- 85) Ebenso Fischerhof BB 58, 139; Cordt, 576; Ballerstedt, EW 61, 561; BKartA Tätigkeitsbericht 58/59/60, 138
- 86) So auch Beck, 66
- 87) Ebenso Beck, 66; Cordt EW 58, 577 und GWF 59, 163; Gieseke GWF 58, 722; ER II 59, 60; Lanzenberger GWF 59, 791; Niederleithinger, 17; BKartA Tätigkeitsbericht 59, BT-Drs. III 1795, 34; mit Einschränkungen Fischerhof BB 58, 139.
- 88) Schelberger bestreitet dagegen das gemeinsame Interesse. Dies dürfte in der Regel zutreffen. Ihm ist auch insofern zu folgen, als er in diesen Fällen statt § 1 den § 18 Ziff. 2 GWB sinngemäß für anwendbar hält (ähnlich Fischerhof, BB 58, 135 ff.; Cordt EW 58, 575; vgl. auch Niederleithinger, 19, der wegen der Einheit von Erzeugung und Verbrauch einen einheitlichen Tatbestand nach Nr. 1 und 2 des § 18 GWB sieht).
- 89) Ebenso Malzer, Beiträge, 273; Niederleithinger, 19; aA Rittner, DB 57, 1120; Rasch, Ko § 18 A 4; Müller-Gries § 18 A 6

90) So auch Beck, 72

91) S. Grundsätze für ein neues Gesetz für die Elektrizitäts- und GasV, BDI, VIK, 1961; Demarkationsverträge in der öffentlichen Versorgung mit El., VDEW, 1963, 3, 4 und Stellungnahme: Geschlossene VGebiete, ja oder nein, VDEW, v. 27.1.64; vgl. auch den Brief v. 3.4.63 an das Bundeswirtschaftsministerium; ferner Hamm FAZ 62, 143, 5; 62, 214, 25; 64, 49, 17.

92) So Strahringer, FAZ 62, 114, 13

93) S. FAZ v. 21.5.64.

94) Vgl. FAZ 64, 133, 21; aber auch den Bericht der Bundesregierung über die Änderungen des GWB v. 22.8.62, BT-Drs. VI/617, wonach das Abwarten der nächsten Rechtsentwicklung empfohlen wird, bevor Änderungen an § 103 Abs. 1 GWB vorgenommen würden.

95) Vgl. Pabst, V.wirtschaftliche Einzelfragen, 533.

96) Statt aller Schelberger, GemKo § 103, A 11

97) Vgl. ER II, 60; Schelberger GemKo § 103 A 12; Malzer WuW 62, 254. Auch für Leitungen der Gemeinde selbst, vgl. Ballerstedt EW 61, 561; Lanzenberger GWF 59, 790.

98) So auch ER II, 60; Schelberger, GemKo § 103 A 12 will ferner für die Leitung eines Sonderabnehmers, welcher mit dieser Elektrizität von einem EVU außerhalb des VGebietes bezieht, ebenfalls den Konzessionsvertrag nicht anwenden. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Es kann nur auf die geographische Lage der Abnehmer, nicht der VLeitungen ankommen, da im anderen Fall jeder Konzessionsvertrag durch eine gemeinsame VLeitung von außerhalb zu den Tarifabnehmern jedes Sinns beraubt werden könnte. - Andererseits erfaßt der Konzessionsvertrag nicht die V-Leitungen eines IEEr zu seinen außerhalb des Konzessionsgebietes gelegenen Abnehmern, da nach dem Wortlaut und Sinn des § 103 Abs. 1 Ziff. 2 GWB das "konzessionierte" GebietsVU nur im VGebiet von der Konkurrenz anderweitiger öffentlicher Versorgung geschützt werden soll.

99) Diese Begründungen gewinnen an Gewicht, wenn beachtet wird, daß die geltenden Vorschriften keine Anschlußpflicht für Großabnehmer kennen. Hierzu im einzelnen unten.

100) S. hierzu Malzer, Tendenzen, 93.

101) Die Konzessionsverträge sind u. a. deshalb immer in der öffentlichen Diskussion geblieben, weil die Konzessionsabgabe an die Konzessionsgemeinden, welche an sich aufgrund der Konzessionsabgabenordnung v. 4.3.1941 i. V. m. § 12 EnG nach dem 2. Weltkrieg abzuschaffen war, 10 bis 20 % des Tarifabnehmer-Umsatzes und 1,5 % des Umsatzes im übrigen Stromgeschäft betragen (vgl. hierzu auch FAZ 63, 46, 7; 63, 59, 21).

102) So statt aller Cordt EW 58, 578; Fischerhof BB 58, 136; s. auch Berichte des BKartA 58/59/60, 138.

103) Vgl. auch ER II, 61; Cordt GWF 59, 161.

104) ER II, 62

105) ER II, 62

106) Vgl. dazu auch Wessels, Die Stellung der Energiewirtschaft, 51; Schoenauer, Marktprozesse, 41.

107) Verträge auf unbestimmte Zeit und ohne Kündigungsmöglichkeit, welche bisher von der RSpr nur über § 242 BGB gelöst werden konnten (vgl. z. B. BGH NJW 51, 836; ER V, 39a) können jetzt auch über § 105 i. V. m. 13 GWB beendet werden.

108) In praxi hat es aber seit Jahrzehnten keinen Wechsel mehr bei den EVU gegeben, vielmehr einen Ausbau der Anlagen durch die jeweiligen Unternehmen bzw. auf sonstigen Wegen eine Konzentration (vgl. auch Wessels, Die Stellung der Energiewirtschaft, 52).

109) Sie wollen wohl bewußt die weitere Entwicklung abwarten und soweit als möglich der El. Wirtschaft freie Entwicklungsmöglichkeiten lassen.

110) Rauschenbach, 780

111) Die sich aus § 103 GWB ergebenden Fragen sind so zahlreich und schwierig, daß für ihre Behandlung der Unterausschuß "VWirtschaft" ins Leben gerufen wurde, dem Vertreter des BMW, des BKartA sowie der Länder Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen angehören. In diesem Ausschuß werden die gemeinsam interessierenden Fragen und etwaigen Maßnahmen aufeinander abgestimmt, womit für das BKartA zugleich das Benehmen mit dem BMW als der zuständigen Fachaufsichtsbehörde herbeigeführt wird (vgl. dazu Rauschenbach, 781).

- 112) S. Roggendorf/Sardemann, VW 62, 158.
- 113) RGBI. I, 1391. Bezüglich der Rechtgültigkeit vgl. ER I, 187a, LG Düsseldorf EW RBeil 59, 97 hinsichtlich der durch § 19 EnG gedeckten Gesetzesändernden RVOn. Nach 1933 wurden allgemein Delegationen zum Erlaß von Ausführungsbestimmungen schon als Ernächtigung zu Gesetzesändernden RVOn angesehen.
- 114) Statt aller Körfer-Malzer, 70 ff., 74.
- 115) Einhellige Ansicht; eine andere Meinung wurde von LCSt § 6 A 14 und von Lucas, 26 vertreten, allerdings ohne Begründung.
- 116) Vgl. auch Fischerhof, Die Versorgung von Werkswohnungen, 134 ff., 138.
- 117) Wie Anm. 116
- 118) Vgl. hierzu die französische Praxis, o. S. 44, Anm. 50; 88 ff., 91, 92 f..
- 119) Vgl. auch RWM, Erlaß v. 23.4.38, II En 1463/38; ER I, 159; Lucas, 27.
- 120) Ebenso Lucas, 35; aA ER § 6 A 4 e aa, die zu Unrecht die so "mittelbar" erfolgende Deckung des Eigenbedarfs und das Gegenseitigkeitsverhältnis für entscheidend halten, dabei jedoch nicht nur den Wortlaut, sondern auch den Sinn des § 2 EnG außer acht lassen.
- 121) So verneinen offensichtlich RCSt § 6 A 14; ER § 5 A 4 b und Fischerhof, Die Versorgung von Werkswohnungen, 138 die "Öffentlichkeit" der BetriebsV für Mitglieder, die aus zwingenden betrieblichen und dienstlichen Gründen auf dem Werksgelände wohnen müssen. - Wie hier der Erlaß des RWM, II En 12 128/38 v. 24.11.38; allerdings hat der RWM für eine derartige Versorgung eine widerrufliche generelle Genehmigung nach § 5 Abs. 1 EnG erteilt.
- 122) Fischerhof, Die Versorgung von Werkswohnungen, 138
- 123) Vgl. hierzu auch den Erlaß der Verwaltung für Wirtschaft v. 18.9.47 - H IV Nr. 334/47, teilweise abgedruckt bei Fischerhof, Die Versorgung von Werkswohnungen, 140; ET 52/53, 61. Ein EVU i. S. des EnG dürfte auch nur vorliegen, wenn es sich um Anlagen handelt, "die in einem volkswirtschaftlich bedeutsamen Umfang Strom zur Abgabe an Dritte erzeugen" (so LG Wiesbaden, U v. 23.11.51 - S 404/51, teilweise abgedruckt bei Fischerhof, Die Versorgung von Werkswohnungen, 142);

vgl. auch LCSt § 6 A 14, welche allerdings, wie schon festgestellt, die wirtschaftliche Einheit über die juristische stellen.

- 124) So erscheint es verständlich, wenn die Industrie die Beseitigung dieser Investitionskontrolle verlangt (so z. B. Körfer-Malzer, 70 ff., 76), zumal der Staat keinerlei Garantien oder Haftungen für diese Kontrolle übernimmt und im übrigen erhebliche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsnorm zu dieser Kontrolle, des § 4 Abs. 4 EnG, bestehen (hierzu insbesondere Radtke 80, 96).
- 125) Statt aller ER I, 160, 161
- 126) So zurecht schon Luley, JW 36, 3367
- 127) Ob die Rechtsfolgen dieser starren Regelung wirtschaftlich sinnvoll sind, muß insbesondere dann bezweifelt werden, wenn das GebietsVU ohne weiteres die Versorgung eines iEer, welcher die Mitteilung unterlassen hat, übernehmen könnte. Die "Sanktion" wird daher mit gewisser Berechtigung von den Vertretern der Industrie angegriffen (z. B. Körfer-Malzer, 78).
- 128) So mit eingehender Begründung Fischerhof, Die Versorgung von Werkswohnungen, 151, 154; Körfer-Malzer, 77; aa ER I, 152; DMR § 5, A 1 f., welche zu Unrecht eine erneute Genehmigung aus dem Wort "insoweit" folgern.
- 129) S. o. S. 91
- 130) Ebenso Malzer, WuW 62, 253
- 131) Ebenso Malzer, WuW 62, 253; aa ER I, 222, Vorbem. 5 zu §§ 8 und 9 EnG
- 132) Ebenso Malzer, WuW 62, 253
- 133) Vgl. Hamann BB 57, 1258 und aaO, Art. 14 A B 9; Mangoldt-Klein, 445; BVerwG, DVBl 54, 295; Malzer, DB 63, 473 ff., 507 ff. (509); VIK-Bericht Nr. 127, 29 ff..
- 134) S. BGH BB 59, 1232 = NJW 60, 93.
- 135) Auch das Wegerecht ist in der Diskussion, insbesondere in Hinblick auf den Umstand, daß die Wege nicht mehr allein dem Verkehrsbedürfnis dienen, sondern sich zu einem Mehrzweckinstitut gewandelt haben (vgl. etwa Kötten, 28; Malzer, Tendenzen, 86 und, dort zitiert, Schumacher). Vgl. ferner FAZ 63, 46, 7; BGH NJW 55, 104).

- 136) Ausnahmen sind denkbar. So, wenn z. B. in einem entlegenen verbrauchs-
schwachen VGebiet aufgrund eines Grenzmengenabkommens ein neu er-
richtetes, großes Industrieunternehmen sowohl vom RegionalVU als auch
vom örtlichen EVU mit Zus/Res. Strom versorgt werden kann und der
Überschußstrom für das örtliche Unternehmen wesentlich preisgünstiger
ist als der Strom vom Regionalunternehmen. In diesem Fall kann der
iEEr auf den Teilmärkten des Zus/Res. Stroms und für die Überschußstrom-
Einspeisung gegenüber dem örtlichen öVU in der stärkeren Position sein.
- 137) Wegen der eventuellen Verletzung zwischenstaatlicher Abkommen s.
weiter unten.
- 138) So auch z. B. Sarnighausen, 24; Dichgans, 659, 660; Müller/Henne-
berg, BB 59, 139; Mayer-Wegelin, GemKo § 11, A 7.
- 139) BKartA, WuW/E 119 (129), 281 (283), 389 (391); hess. Min. für Wir-
schaft und Verkehr, WuW 61, 498; Dörinkel, GemKo § 12 A 2/3; Sar-
nighausen 110; Müller/Henneberg, BB 59, 139; Baumbach/Hefermehl
§ 12 A 2; Schütz NJW 58, 1849 ff.; Dörinkel WuW 59, 81; Rasch, Ko
§ 11 A 10; Malzer, WuW 59, 780 ff.; Lumpe EW 58, 1 ff., 8. - AA
Dichgans WuW 58, 658 ff.; v. Hahn BB 59, 1279 ff.; Benisch WuW 56,
799 ff.; Frankfurter Ko § 22 Teilz. 43, 44; v. Brunn WuW 58, 140 ff.
- 140) So zutreffend Bartholomeyczik, GemKo § 22 A 84
- 141) Vgl. auch Sarnighausen, 82, 112; Bartholomeyczik, GemKo § 22 A 86.
- 142) Vgl. auch v. Hahn, BB 59, 1279 ff..
- 143) Vgl. den Brief des Wirtschaftsministers v. NRW, WuW/E LKartB 20; Fi-
scherhof WuW 59, 328 ff., 336.
- 144) Vgl. auch Gieseke GWF 58, 719; Lanzenberger GWF 59, 789 (793);
Brief d. Wirtschaftsministers des Landes NRW v. 27.6.60, WuW/E LKartB
19 (20); Vfg. des Wirtschaftsministers von Hessen v. 17.1.61, WuW/E
LKartB 28 (33) und v. 15.4.61, WuW LKartB 35 (37); ER II, 72; Schüler-
Springorum EW 59, 206; zu eng Dörinkel, GemKo § 104 A 10, welcher
eine gegen die billige und sichere Versorgung gerichtete Abrede fordert.
- 145) So auch Sarnighausen, 99
- 146) Hier kann jedoch der Tatbestand des Boykotts des § 26 Abs. 1 GWB er-
füllt sein mit der schärferen Rechtsfolge des Verbotes derartiger Abre-
den.

- 147) Vgl. hierzu auch den der Entscheidung des LG Kassel WuW 63, 511 zugrundeliegenden Sachverhalt. Statt die gerichtliche Entscheidung auf die §§ 242, 241, 246 BGB zu stützen, hätte die Entscheidung der Kart.Behörde über den Mißbrauchstatbestand abgewartet werden müssen, da für die Prüfung der Rechtswirksamkeit von el. wirtschaftlichen Marktordnungsverträgen zunächst die Spezialvorschriften der §§ 103 ff. GWB heranzuziehen sind. Aus diesem Grunde sind auch die Ausführungen des OLG Koblenz ET 63, 481 ff. bedenklich, das den Mißbrauchsbegriff aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen der §§ 242, 241, 246 BGB abzuleiten versucht. "Treu und Glauben" und die "guten Sitten" i. S. des BGB versagen i. d. R. als rechtliche Kriterien bei der Beurteilung wettbewerblicher Tatbestände. Zudem können wirtschaftlich nachteilige Wirkungen eines kartellrechtlichen Vertrages auf einen Marktteilnehmer dann nicht von den allgemeinen Tatbeständen des BGB und UWG erfaßt werden, wenn das GWB sie aus ordnungspolitischen Gründen ausdrücklich in Kauf genommen hat.
- 148) Die Rechtspraxis und teilweise das Schrifttum wendet § 104 GWB jedoch auf andere Tatbestände, insbesondere bei der Forderung unangemessen hoher Energiepreise bei der SonderabnehmerV an. Vgl. insbesondere den Beschluß der KartBeh des Bundes und der Länder auf der Arbeitstagung am 10./11.6.65 in Berlin (IK v. 24.6.65):

"Ein Mißbrauch eines Gebietsschutzvertrages i. S. von § 104 Abs. 1 Nr. 1 GWB wird dann vorliegen, wenn ein örtliches Versorgungsunternehmen höhere Strompreise fordert als das Regionalunternehmen, von dem es den weiterverteilten Strom bezieht, und dieses Regionalunternehmen ohne das Bestehen der Gebietsschutzvereinbarung in der Lage wäre, die Versorgung zu seinen niedrigeren Preisen auch im Gebiet des örtlichen Weiterverteilers zu übernehmen. Denn in diesen Fällen führt der Gebietsschutzvertrag entgegen dem Gesetzeszweck zur Verteuerung des Strompreises. Ein im Rahmen der Mißbrauchsaufsicht nach § 104 GWB anzuerkennender Anspruch auf Gewinn oder Kostendeckung besteht nicht".

Ferner Brief des BKartA WuW 63, 49; BKartA, Bericht 62; Brief des WM NRW, WuW 61, 483; hessWM WuW/E LKartB 28, 33; 34, 37; Einspruch und Entsch. des WM Rhld-Pf. WuW/E 62, 852 ff., 853; OLG Koblenz ET 63, 481 ff.; Müller-Henneberg BB 59, 139 ff.; Dörinkel, GemKo § 104 A 11. Eine klare Abgrenzung zwischen § 22 und § 104 wurde nicht vorgenommen. Dies wurde damit begründet, daß die EVU sich

regelmäßig bei den mißbräuchlichen Preisforderungen aus der durch die Demarkationsverträge herrührenden marktbeherrschenden Stellung gestützt hätten. - Diese Auffassung dürfte unzutreffend sein. Die Literatur sucht überwiegend eine schärfere Trennung zwischen beiden Mißbrauchstatbeständen. Vgl. insbesondere Lanzenberger GWF 59, 789 ff.; Kröger, Anm. zum Brief des WM NRW, WuW 61, 485; offenbar auch Ruzek EW 59, 625; ER II, 72; Schüler-Springorum, der ausführt: "Bei § 104 kann es nur darauf ankommen, ob Abschluß und Durchführung von privilegierten Verträgen der Versorgungswirtschaft der gesetzgeberischen Absicht entsprechen, die der Privilegierung zugrunde liegt. Als Sinn des Gesetzes wird man ... die sichere und billige Versorgung insbesondere der Tarifabnehmer ansehen dürfen. Dies verdeutliche den Unterschied zwischen dem Mißbrauchstatbestand des § 104 und des § 22. Nach § 22 GWB beaufsichtigt die Behörde die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, nach § 104 beaufsichtigt sie die Freistellung von bestimmten gesetzlichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Ein Verstoß gegen eine Bestimmung bedingt nicht notwendig einen solchen gegen die andere". Dem ist zuzustimmen, zumal § 104 keine Spezialregelung zu § 22 sein kann, da bei Vorliegen des Tatbestandes des § 22 die KartB einschreiten muß (und zwar das BKartA), während es im Ermessen der LKartB (§ 44 Abs. 1 Ziff. 3 GWB) steht, bei Vorliegen aller Tatbestandsmerkmale des § 104, gegen das oder die EVU vorzugehen. Daher ist nicht § 104, sondern nur § 22 anzuwenden, wenn das EVU lediglich die durch den Demarkationsvertrag erlangte marktbeherrschende Stellung mißbräuchlich ausnutzt, sei es in der Preisgestaltung, den VBedingungen oder Koppelungsgeschäften (Ebenso Kröger aaO). Allein dieses Ergebnis wird dem Wortlaut des § 104 Abs. 2 gerecht, wonach die KartB u. a. den EVU aufgeben kann, die Demarkationsverträge oder die entsprechenden Beschlüsse zu ändern oder diese direkt für unwirksam erklären kann. Nutzt ein EVU seine durch die Demarkationsverträge erlangte marktbeherrschende Stellung zum Fordern überhöhter Preise aus, so wird davon der Demarkationsvertrag gar nicht berührt und kann auch nicht entsprechend geändert werden. § 104 erfaßt lediglich alle durch die § 103 Abs. 1 GWB benannten kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände, welche nach ihrem Inhalt, entweder unmittelbar nach dem Wortlaut der Abreden oder aufgrund ihrer vereinbarungsgemäßen Durchführung, dem Sinn und Zweck der Ausnahmen nicht entsprechen. § 22 dagegen ist nur anwendbar, wenn eine vom allgemeinen Grundgedanken des GWB mißbilligte Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, d. h. eine Wettbewerbsverzerrung, vorliegt. Wegen dieser verschiedenen Zielsetzungen der

beiden Bestimmungen werden sie sich in der Regel bei ihrer Anwendung nicht berühren.

- 149) Wenn Schelberger, GemKo § 103 A 11, in einem derartigen Fall nur dann einen Mißbrauch als gegeben erachtet, wenn das Industrieunternehmen der Versorgung durch das GebietsVU die Umstellung seiner Anlagen auf eine andere Energieart vorziehen würde, so ist das eine überspannte Forderung, da der Industrie die el. Energie unentbehrlich geworden ist. Verweigert das EVU innerhalb des Zumutbaren die Zus/ResV, verstieße es gegen den Sinn und Zweck der Freistellung des Konzessionsvertrages von den §§ 1, 15 und 18 GWB, wenn sich die Gebietskörperschaften und EVU auf diese Abreden beriefen. Insofern läge ein dem ersten Fall entsprechender Tatbestand vor.
- 150) Gerade hieraus könnten sich indes Bedenken ergeben, ob die Gleichpreisigkeitsklauseln wegen ihrer weitergehenden Bindung überhaupt noch über § 103 Abs. 1 Ziff. 3 GWB von den §§ 1, 15 und 18 GWB freigestellt werden können.
- 151) So Körfer, Die Stromerzeugungsanlagen, 3
- 152) Vgl. auch Körfer, Die Stromerzeugungsanlagen, 11.
- 153) S. auch Kroms, 471.
- 154) Es ist allerdings streitig, ob derartige Klauseln, welche nach absolut hM privatrechtliche Abreden darstellen, unmittelbar einen Anspruch der Abnehmer gegen das GebietsVU begründen, ob also ein echter (so Nipperdey, Stromsperre, 44; Schmid, FischerZ 74, 152, 153; OLGE 45, 180; 34, 25) oder unechter (so Wyler, 91; DMR § 6 A 9 c IX; Lucas 105) Vertrag zugunsten Dritter vorliegt (s. auch Nipperdey, Stromsperre, 41 ff.; ER I, 200; Darge 185 OLG Celle, Urt. v. 13.8.37). Abstrakt wird diese Frage nicht zu beantworten sein; entscheidend ist der in dem jeweiligen Vertrag zum Ausdruck gekommene Vertragswille. Manche öVU haben in ihren Tarifen jedoch die Verpflichtung aufgenommen, Sonderabnehmer zu üblichen vergleichbaren Preisen und Bedingungen zu versorgen (vgl. ET 1957/58, 84).
- 155) Hierzu ausführlich Stech, aaO; Fischerhof, Rechtsfragen, 73 ff.
- 156) Die AVB sind v. Generalinspektor für Wasser und Energie am 27.1.42 für allgemein verbindlich erklärt worden, RAnz. 42 Nr. 39. Deren materieller Gesetzescharakter ist heute fast einhellig anerkannt (für alle

BGH EW RBeil. 57, 36). Die TOE sind v. 25. 7. 1938, RGBI I, 915.

- 157) So die fast einhellige Ansicht (Lucas 36, 42; DMR § 6 A 4a; ER § 6 A 4; LCSt § 6 A 3 und 8; Fischerhof, VIK-Ber. 75)
- 158) So Luley, 3368; Berger, Anschluß
- 159) So schon Luley, aaO
- 160) Die RWE z. B. sieht jährliche Leistungspreise für eine kombinierte Zus/ResV mit einem zusätzlichen Leistungsausgangsprinzip vor, welcher mit wachsender Benutzungsdauer größere Abschläge erfährt und bei einer jährlichen Benutzungsdauer von 1500 Stden den Aufschlag völlig aufhebt. Andere Unternehmen sehen einen von der Benutzungsdauer unabhängigen jährlichen Leistungspreis vor. Hinsichtlich der schon sehr frühzeitigen Tariffdifferenzierungen bei Großabnehmern im übrigen vgl. auch Birrenbach 141 ff. .
- 161) Vgl. auch ER I, 172.
- 161a) So auch Gerigk, 22; aA C. K. in VIK-Mitt. Nr. 4, 58
- 162) Bei der "Zumutbarkeit" i. S. des § 6 Abs. 3 EnG und der 5. DVO dürfte die Beweislast beim iEEr liegen (ebenso ER I, 203; OLG Hamburg, EW 73, 619; Lucas, 133 und die dort angegebene Literatur und Rechtsprechung).
- 163) Ebenso ER I, 190, 191
- 164) Die Beweislast für die "Zumutbarkeit" und dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 EnG liegt - da sie nicht im Widerspruch mit der Tatsache befinden und es sich um ein GebietsV (das VGebiet muß nicht notwendig lückenlos sein) - bei dem GebVU, weil es sich um ein qualifiziertes Geständnis des EVU handelt (so hM, etwa Richardt, 13; Berger, Anschluß, 8).
- 165) Allerdings ist hierbei zu berücksichtigen, daß zum Zeitpunkt des Erlasses der 5. DVO der Verbund der öVU und der Industrie wesentlich geringer war als heute, so daß damals die Bestimmung weniger von den wirtschaftlichen Gegebenheiten abwich als heute, wo die Zugrundelegung des durchschnittlichen Gleichzeitigkeitsfaktors eindeutig den Boden kostenechter Preisforderungen verläßt.
- 166) Z. B. Müller, Ko § 6 A 4; aber auch ER I, 187
- 167) Vgl. dazu Wyler, 108.

- 168) Vgl. auch Breitfeld, 129, Deringer, Das Wettbewerbsrecht MA 60 A 85.
- 169) Teilweise abgedruckt in ER I, 187 a ff.. Wenngleich nach geltendem Recht eine authentische Auslegung nur durch gleichrangiges Recht möglich ist (vgl. BayerVerfGH VGH n. F. 5, 41; ER I, 25 A 6), sind die Erlasse des RWM angesichts der damaligen Verfassungswirklichkeit als authentische Auslegung anzusehen, der auch heute noch als Auslegungsbehelf Bedeutung zukommt (ebenso ER I, 25).
- 170) ER I, 189
- 171) Vgl. auch Luley, 3367.
- 172) Vgl. auch ER I, 201, ferner RdErl des Reichskommissars für Preisbildung Nr. 37/40 v. 3.4.40, wonach jedoch eine Ausnahme für den Fall anzunehmen ist, daß die VVerweigerung aus mit den Preisbestimmungen nicht in Einklang stehenden Beweggründen erfolgt.
- 173) aaO, 129
- 174) VIK-Ber. 75, 2. In "Intensivierung", 125, erörtert Fischerhof allerdings die Anwendung der § 6 Abs. 2 und 3 EnG auf die iFEr-Versorgung ohne derartige Einschränkung.
- 175) Der Gesamt-Strombezug hatte sich seit dem Inkrafttreten des EnG bereits 1958 verfünffacht und die installierte Leistung verdreifacht (Fischerhof VIK-Ber. 75, 22).
- 176) Vgl. Fischerhof, VIK-Ber. 75, 3.
- 177) Vgl. Fischerhof, VIK-Bericht Nr. 75, 2.
- 178) So auch Fischerhof, VIK-Ber. 75, 7
- 179) Vgl. Luley, 3368.
- 180) Berger, Anschluß
- 181) Hinsichtlich der Voraussetzungen vgl. etwa RGZ 75, 41.
- 182) Ebenso Hose, 61
- 183) Vgl. auch LCSt § 6 A 12. Das trifft auch für den Strombezug mit Umschaltmöglichkeit zu (s. Luley, 3369).
- 184) Vgl. ER I, 184a.

- 185) Einhellige Ansicht, statt aller LCSt § 6 A 12; LG Hamm, U. v. 25.8. 37
- 186) ER I, 185; List 100/102. Nach dem Erlaß des RWM v. 19.1.37 - IV 12818/37 ist nicht allein von der Kalkulation des einzelnen auszugehen. Es sind vielmehr auch die möglichen Auswirkungen des Geschäftsabschlusses auf die gesamtwirtschaftliche Lage des EVU, seine wirtschaftliche Struktur und Leistungsfähigkeit, seine Stellung zu anderen Wettbewerbern usw. zu berücksichtigen.
- 187) ER I, 184a
- 188) Es erscheint zweifelhaft, ob deshalb § 6 Abs. 2 S. 2 EnG i. V. m. § 7 der 5. DVO dem GWB und Art. 3 und evtl. 12 GG entspricht (vgl. auch Fischerhof, Intensivierung, 125).
- 189) Nach Luley, 3367 erlegt das Vorverhandlungsrecht dem GebVU deshalb eine besondere Verantwortung auf. Das Angebot müsse sich auf derselben Grundlage bewegen wie bei allen gleichartigen Stromabnehmern.
- 190) S. weiter unten.
- 191) S. DMR § 6 A 9 c III und die dort angegebenen Hinweise.
- 192) So schon Luley, 3370
- 193) Vgl. die dem § 17 DGO entsprechenden landesrechtlichen Bestimmungen.
- 194) S. auch ER I, 204.
- 195) S. Nipperdey, Stromsperre, 52; Wolff, II, 268.
- 196) S. insbesondere Nipperdey, Stromsperre, 39.
- 197) S. auch Hose, 61.
- 198) Statt aller LG Köln, WuW/E AG/LG 112; Zerr, 10; Gentz, 151
- 199) Vgl. BGH NJW 59, 1176; Kracht NJW 62, 187 ff. A 231; Arnold WuW 60, 620; aA Summerer WuW 58, 30 ff..
- 200) Statt aller Gieseke GWF 58, 723; EW 58, 340; Schüler-Springorum EW 59, 208; OLG Neustadt, WuW 59, 288.
- 201) So offenbar Gieseke GWF 58, 725; Ballerstedt, Probleme, 19; LCSt § 6 A 14; Riederer EW 62, 710; ER I 187a; OLG Düsseldorf EW RBeil

59, 97

202) So Frank EW 58, 477

203) OLG Neustadt WuW 59, 288; Rasch, Gutachten, 20, 22; Ruzek EW 59, 624; Fischerhof, VIK-Ber. 75, 4/5; Malzer WuW 59, 787/8; Malzer/Wirth, 3 ff.; Gieseke GWF 59, 340; Hose, 58; Fonk, 479; Schüler-Springorum EW 59, 210; Körfer/Malzer, 348/349/350; wohl auch Lanzenberger, 795; GemKo, Benisch § 26 A 58; Gerigk, 22, nimmt im Kollisionsfall "alternative" Anwendbarkeit an, ohne diese näher zu erklären.

204) Riederer EW 62, 710, nimmt offenbar die Gleichheit der geregelten Sachverhalte an; Malzer; VIK-Ber. 84 sieht in § 26 Abs. 2 GWB die speziellere Regelung für die Diskriminierungstatbestände.

205) S. auch Fonk, 478.

206) So selbst ER I, 187a

207) Vgl. Körfer/Malzer, 350.

208) So auch Rasch, Gutachten, 22

209) S. dazu BKartA und BGH im BGH-Beschluß v. 17.5.65, IK 65, 134, 4 = FAZ 65, 186, 21 entgegen der KG-Entscheidung v. 28.1.64. S. auch KG BB 65, 923 f. (Dixan-Trommel).

210) S. o. S. 145.

211) S. dazu weiter unten unter "Die Bindung der Preise und Bedingungen nach dem Energierecht".

212) Ebenso WuW LG/AG 94; Benisch, GemKo § 26 A 37

213) Absolut hM, vgl. Bartholomeyczik, GemKo § 22 A 19; A 49 § 1 (Müller-Henneberg); Malzer WuW 59, 783; Malzer/Wirth 18; RG 17, 273; 56, 408; 67, 232; 86, 12; 130, 85; aA Buderath, Preisdifferenzierung, 52, mit der unzureichenden Begründung, daß jede erzeugte kWh verschiedene Kosten verursache.

214) Vgl. BGHZ 33, 259; Kartte, 1153.

215) Kartte, 1133; Wessels, ZStW Bd 115, 527

216) Vgl. OLG Celle WuW/E 254

217) Vgl. BGH WuW/E 325; OLG Neustadt WuW/E 252; schon Pabst, 29;

Brügelmann-Ludwig, 690; Gieseke GWF 58, 723; Lanzenberger GWF 59, 794; Malzer WuW 59, 784; Rasch, Gutachten, 11; aA als die heute absolut hM z. T. die ältere RSpr wie RG EW RBeil 1935; 4; RG EW 28, 593; OLG Frankfurt/M. LZ 29 Sp. 854; Sp. 856 und die bei Lucas, 89, angegebene Literatur; aber auch Buderath, Preisdifferenzierung, 17 ff., 47, mit der unzureichenden Begründung, auf dem für die öVU wesentlichen Wärme- und Kraftmarkt bestünde eine harte Konkurrenz mit anderen Energieträgern. Hier steht aber nur der Wettbewerb zwischen öffentlichen und industriellen Strom infrage, weil die Art des industriellen Prozesses und/oder die Energiewandler-Geräte oder sonstigen Investitionen wirtschaftlich den Energieträger Elektrizität indizieren. Vgl. auch Gerigk, 31 und o. S. 14. Wenn Gerigk, 32, ferner meint, die potentielle industrie-eigene Zus/ResV sei für die Frage der Monopolstellung völlig bedeutungslos, da die iEEr auf der Nachfragerseite stünden, so verkennt er mit diesem formalen Argument den dem GWB zugrunde gelegten Wettbewerbsbegriff.

- 218) AllgA, statt aller Schoenauer GWF 58, 400; Begründung zum GWB, BR-Drs. 1158, 2. Wahlperiode 53; "es genügt eine Tätigkeit in der Erzeugung oder im geschäftlichen Verkehr".
- 219) Vgl. WuW/E AG/LG 94; GemKo § 26 A 37.
- 220) BGH WuW/E 410; WuW/E LG/AG 125; Benisch GemKo § 26 A 41; Schoenauer GWF 58, 400.
- 221) Vgl. Spengler WuW 63, 10; Benisch, GemKo § 26 A 42; vgl. auch Frankfurter Ko § 26 Fn. 87 ff..
- 222) Statt aller Benisch, GemKo § 26 A 42; WuW/E LG/AG 180; BKartA Tätigkeitsbericht 61, 28
- 222a) Zum Tatbestandsmerkmal der "Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels", s. insbesondere Gleiss/Hootz zum Grundig/Consten-Urteil, AWD BB 66, 311.
- 223) Statt aller OLG Neustadt, WuW 59, 288; WM v. Rhld.-Pf., WuW 52, 852; LG Köln v. 4.11.59; Malzer, VIK-Ber. 84, 8
- 224) So z. B. WuW/E LKartB; 58; OLG Koblenz WuW 64, 266 (WuW/E OLG 612); Malzer, VIK-Ber. 84, 8; auch Buderath, Preisdifferenzierung, 47
- 225) BKartA auf Anfrage in VIK-Rundschreiben 29/64 v. 3.8.64;

"Wenn ein Versorgungsunternehmen bei gleicher Leistungsbereitstellung, gleichen Benutzungsstunden und anderen gleichen Abnahmegegebenheiten seinen Sonderabnehmern unterschiedlich hohe Benutzungsstundenrabatte einräumt, indem es Strombezieher nur deshalb schlechter stellt, weil sie eine Eigenerzeugungsanlage besitzen, wird dies als Mißbrauch der Marktstellung nach § 22 GWB und als Diskriminierung nach § 26 Abs. 2 GWB angesehen werden können.

Jedoch läßt sich dies nicht von vornherein feststellen, da nach § 22 Abs. 3 Satz 2 GWB bei der Beurteilung alle Umstände und bei § 26 Abs. 2 etwaige Rechtfertigungsgründe zu berücksichtigen sind, was nur anhand des konkreten Einzelfalls möglich sein dürfte".

S. ferner Benisch, GemKo § 26 A 42; Malzer WuW 59, 787 f.; Rasch, Gutachten, 14 ff.; aA Fischerhof, Brauchitzsch, § 6 A I; LCSt § 26 A 2 f.; Schüler-Springorum, 209; Gerigk, 35 ff..

225a) aaO, 35 ff.

225b) Ungleichartigkeit wegen verschiedener Marktmacht nehmen ebenfalls an die unter Anm. 225 bei "aA" genannten Autoren.

225c) Vgl. auch Börner, Ermessen, 20 f..

226) Vgl. statt aller Benisch, GemKo § 26 A 42; Gentz WuW 61, 598.

"Der Behinderung- und Differenzierungstatbestand überschneiden sich. Durch eine Sperre kann ein Unternehmen sowohl unbillig behindert als auch ohne gerechtfertigten Grund unterschiedlich behandelt werden. AA Spengler, WuW 63, 6 ff., der das Tatbestands-erfordernis unter Verletzung des Grundsatzes restriktiver Auslegung grundrechtsbeschränkender Normen lediglich auf den Behinderungstatbestand bezieht, ohne daß auch nur die grammatische Auslegung Anhaltspunkte für seine Auffassung böte".

227) So LG Köln WuW/E 150; WuW/E BKartA 388, 497, 500; Frankfurter Ko, § 26 Tz. 95; offenbar auch ER II, 67

228) So die hM, z. B. OLG Düsseldorf WuW/E OLG 380; Baumbach-Hefermehl § 26 A 38; Rasch WuW 54, 416; Walther WRP 57, 100; Ewald WRP 57, 252; Kracht, 1230; Gentz WuW 61, 598; Benisch, GemKo § 26 A 43; LG Köln, U. v. 4.11.59 - 24 O 22/59 (Kart.)

229) Ungenau als "subjektive" und "objektive" Theorie unterschieden.

- 230) Z. B. BKartA WuW/E 497
- 231) So auch Frankfurter Ko § 26, Tz. 93 ff.; Kracht, 1231
- 232) ER II, 67, 68
- 233) S. dazu w. unten.
- 234) S. auch BGH WuW/E 649; KartG, KartRdschau 1934, 215 ff.; Benisch, GemKo § 26 Rdnr. 43 mit weiteren Nachweisen.
- 235) Vgl. auch die Ziff. 3 b der amtlichen Begründung Drs. 1158 der 2. Legislaturperiode zu § 23 des Entwurfs (§ 26 des Gesetzes), wo ausgeführt wird, daß es "auf die allgemein im Wirtschaftsleben gültigen Auffassungen ankommen werde", wobei vorausgesetzt wird, daß diese Auffassung mit dem GWB vereinbar ist.
- 236) Rasch, Gutachten, 22: Der übliche Geschäftsverkehr sei für die Energiewirtschaft durch das Ordnungsprinzip der allgemeinen Anschluß- und Vpflcht bestimmt.
- 237) So etwa Benisch, GemKo § 26 A 44; BGH WuW/E 411, 449, 484, 513; WuW/E OLG 253; 289; 335; 380; LG/AG 124; 152; 180; Spengler WuW 63, 11
- 238) AllgA, etwa Fikentscher WuW 58, 255; Franzen-Boekle WuW 58, 727; Gentz WuW 61, 600
- 239) So nicht nur lokale Unterbietungen (vgl. Kracht, 1230), sondern auch Kapazitätsklauseln Erzeugungsverbote und Koppelungsverträge
- 240) Vgl. OLG Köln; Klaue WuW 60, 398.
- 241) Benisch, GemKo § 26 A 47
- 242) Vgl. Baumbach-Hefermehl § 26 A 39; Benisch, GemKo § 26 A 45.
- 243) Wird dieser Tatbestand nicht von einem EVU, sondern von einem EVU-Verband verwirklicht, so ist nicht mehr § 26 Abs. 2, sondern § 27 GWB anzuwenden, welcher sich nicht auf Kartelle erstreckt (vgl. Benisch, GemKo § 27 A 4).
- 244) Vgl. Zeitler WuW 60, 81.
- 245) Vgl. auch Kracht, 1230.
- 246) OLG München WuW/E 286; OLG Frankfurt/M. WuW/E OLG 334; LG Köln aaO; LG Wiesbaden, Klaue, 399; Benisch, GemKo § 26 A 47;

- Kracht, 1231; Schwartz, GemKo § 18 A 25.
- 247) Vgl. Gentz, Das Diskriminierungsverbot, 126.
- 248) Vgl. LG Wiesbaden aaO.
- 249) Ebenso Kracht, 1231
- 250) HM, so z. B. OLG München aaO; LG Köln aaO
- 251) OLG München NJW 59, 443 f.
- 252) S. LG Düsseldorf WuW/E 94. Vgl. jedoch OLG Neustadt WuW/E 252; Ewald WRP 57, 253; Summerer WuW 58, 30 ff..
- 253) Vgl. auch ER I, 67.
- 254) Vgl. etwa Frankfurter Ko § 26 Tz. 79; Kracht, 1233; BKartA WuW/E 17; Benisch, GemKo A 52; aA Fikentscher DB 60, 228.
- 255) S. etwa Arnold WuW 60, 620.
- 256) Frankfurter Ko § 25 A 40: " § 26 trägt Schutzcharakter" (einhellige Ansicht); Benisch, GemKo § 35 A 5; Rasch § 35 A 2; Langen Ko § 35 A II 2 d; Mayer-Wegelin § 35 A 3; Müller-Gries § 35 A 4
- 257) BGH WuW/E 57 für § 823 Abs. 2 BGB; Frankfurter Ko § 35 Tz. 69; Müller-Gries § 25 A 3; GemKo § 35 A 10
- 258) Contzen, 126; neuerdings auch Kahrs, 175. Dieser lehnt entgegen der hM allerdings einen rechtlichen Abschlußzwang aufgrund des § 26 Abs. 2 GWB mit der Begründung ab, daß der Nichtabschluß jederzeit z. B. mit der Änderung der allgemeinen Unternehmenspolitik oder Fehlkal-kulation bei bisherigen Verträgen begründet werden könne (Kahrs 176). Er übersieht, daß das Abschlußgebiet i. R. des § 26 Abs. 2 GWB ohne-hin nur dann und insoweit gilt, als die Vertragsverweigerung mit der-artigen wirtschaftlich-sachlichen Gründen nicht gerechtfertigt werden kann. Ob allerdings eine neue Geschäftspolitik oder Erkenntnis die Ab-schlußverweigerung rechtfertigt, wird im Einzelfall erst im Zusammen-hang mit dem späteren Verhalten des marktbeherrschenden Unterneh-mens beurteilt werden können.
- 259) So hM, vgl. LG Wiesbaden aaO; LG Marburg, ebenda; OLG Neustadt aaO; LB Berlin WuW/E 126; OLG Celle WuW/E 157; einhellige Lit., z. B. Kracht, 1232; Gleiß MDR 52, 399 ff.; Benisch, GemKo § 26 A 59; Fikentscher WuW 58, 265; Rasch Ko § 26 A 7; Müller-Gries Ko,

189 bis 234; Gentz 152; Baumbach-Hefermehl Ko, 209.

260) Vgl. Fikentscher aaO; Benisch § 26 A 59.

261) Vgl. Begründung zum RegEntw zu § 23 A 3.

262) Vgl. auch LG Köln aaO; OLG WuW/E 286; LG/AG WuW/E 152 und 179; Benisch, GemKo § 26 A 52.

263) Vgl. Mayer-Wegelin aaO § 26 A 4; Fischerhof WuW 59, 335.

264) Vgl. BKartA DB 62, 1000; Spengler WuW 63, 12; Benisch, GemKo § 26 A 48; aA entgegen Wortlaut und Sinn des § 26 Abs. 2 GWB Zerr, 5; Frankfurter Ko. § 26 Tz. 73, 74; Buderath, Preisdifferenzierung, 50.

265) Z. B. BGH DB 62, 1368 WuW/E OLG 320, 378; 37; Reimann WRP 55, 182; Sölter MA 60, 908; Kracht NJW 60, 1231; Baumbach/Hefermehl A 43; aA Köhler BB 58, 690; Gentz, das Diskriminierungsverbot, 134, 135; WuW 61, 605; Mitchell WuW 62, 390.

266) Gentz, Das Diskriminierungsverbot, 134, 135. Im Ergebnis ebenso wie dieser Buderath, Preisdifferenzierung, 53 mit der mangelnden Begründung, dies ergäbe sich aus dem Umkehrschluß zu § 26 Abs. 2 GWB.

267) Vgl. auch Spengler WuW 63, 13.

268) Vgl. LG Berlin WuW/E 116; LG Köln aaO; BGH WuW/E 38; OLG WuW/E 253; Benisch, GemKo § 26 A 49; Buderath, Preisdifferenzierung, 5.

269) So bereits BKartA Tätigkeitsbericht 59, 48; Spengler WuW 63, 13

270) LG Köln aaO

271) So Fikentscher WuW 58, 259

272) AaO 1231

273) So auch BGH NJW 59, 1176

274) Statt aller Kracht 1231

275) Ebenso Gentz, Das Diskriminierungsverbot, 9

276) So auch Kracht 1231; aA BGH WuW 56, 1231 für das Dekartellierungsrecht

277) Benisch, GemKo § 26 A 52

278) Vgl. auch WuW/E OLG 289; LG/AG 154; Kracht, 1231; Benisch, GemKo

§ 26 A 49; aA wohl Fikentscher WuW 58, 267.

279) Vgl. WuW/BKartA 90.

280) Z. B. OLG Neustadt BB 58, 933; OLG München aaO; LG Berlin v. 3. 4. 58, Klaue, 9 ff.; Kellermann WuW 58, 643; Benisch, GemKo § 26 A 52 ff.; Rasch, Ko 26 A 7; Kracht 1232.

281) Vgl. auch Spengler WuW 60, 421; Benisch, GemKo § 26 A 52.

282) AllgA, vgl. BKartA, Bericht 63, 42; Kracht 1232; Gentz, Das Diskriminierungsverbot, 78; Frankfurter Ko § 26 Tz. 85; Benisch, GemKo § 26 A 49.

283) AllgA, z. B. OLG Celle WuW/E 259; Gentz, Das Diskriminierungsverbot, 138

284) Vgl. hierzu auch Nipperdey, Stromsperre, 52; Bachof DÖV 53, 423.

285) Vgl. v. Mangoldt-Klein Bd. I, 199; Wolff, Bd. I § 30 I b; BVerwGE 2, 163; BVerwG BB 57, 52; DVBl 57, 650; Bachof JZ 57, 338; Krüger DÖV 57, 689 mit weiteren Hinweisen; Forsthoff, 85; Turegg-Kraus, 90, 95.

286) Vgl. auch Wolff § 30 I b; allgemein schon Wyler, 42.

287) Vgl. BVerfGE 1, 14; BFH, BStBl 53, III, 333; v. Mangoldt-Klein 198; Hamann 94.

288) Ebenso Forsthoff, 464

289) So schon Wyler, 41

290) So zurecht Forsthoff, 465

291) ER I 177; Gerigk, 11, welcher allerdings fälschlich annimmt, der jeweilige Anbieter müsse in einem bestimmten V. Gebiet der alleinige sein. Der V. Markt kann zwischen öVU nicht nur nach dem V. Gebiet, sondern auch z. B. alphabetisch nach Klemmeigenschaften (Spannungshöhe, Strommenge) aufgeteilt sein.

292) Ähnlich ER I, 198; aA Gerigk, 22, der zu Unrecht als v. pflichtig lediglich die örtlichen öVU mit TarifabnehmerV bezeichnet, obwohl der Großteil der iEer von diesen öVU nicht versorgt wird. Dem iEer sollte aber gemäß § 6 Abs. III EnG aber offensichtlich dennoch ein V. Anspruch gewährt werden.

- 293) Vgl. hierzu das Rdschr. v. 6.1.45 (MBI Speer, 20); den Erl. En 2024 § 43 I des Generalinspektors für Wasser und Energie v. 31.5.43; ER III 46, 47.
- 294) ER I, 180
- 295) DMR § 6 A 6
- 296) Berger BB 61, 1223
- 297) Einhellige Meinung, so selbst Berger BB 61, 1224
- 298) S. o. S. 107 ff..
- 299) Unstreitig, statt aller ER I, 180
- 300) AA sind ohne Begründung Lucas, 94; Rasch, Gutachten 21, welche deshalb die iEEr mit Überschußstrom-Abgabe vom Kreis der anspruchsberechtigten iEEr ausklammern.
- 301) Ähnlich offenbar ER I, 172; Pfundner-Neubert III, a 4; 5. DVO § 1 A 2
- 302) Hierzu und zum folgenden s. VIK-Bericht Nr. 134, 5 ff.; die VDEW beschloß, im November 1965 Stromtarife für Sonderabnehmer zu veröffentlichen, welche 4/5 der Stromabgabe der EVU der VDEW abgeben. Vgl. FAZ 65, 246, 29.
- 302a) Aus diesem Grunde ist es verfehlt, den Rechtsgedanken der allgemeinen und subsidiären Regelung des § 316 BGB zur näheren Bestimmung der V. Preise und V. Bedingungen heranzuziehen, wie dies Gerigk (18 ff.) tut.
- 303) S. auch die "Technischen Anschlußbedingungen für Starkstromanlagen mit Betriebsspannungen unter 1000 V im V. Gebiet" (herausgegeben von der VDEW).
- 303a) So auch Gerigk, 4, 5
- 304) S. auch Holzapfl, BB 63, 798.
- 305) So Malzer BB 60, Heft 29, Beil., 3
- 306) Ebenso ER III, 49; vgl. auch die dort angeführten Rdschr. der Wirtschaftsgruppe ElV Nr. 43/37, EW 37, 180; die VO über die Auswirkung des Verbotes von Preiserhöhungen auf Gemeindeabgaben sowie auf Entgelte der V. Betriebe v. 7.7.37 und den RdErl. des Direktors der Verwaltung für Wirtschaft Nr. 9/49 v. 1.7.49 (MittB. d. Vfw II, 86) betr. die Änderung und Neueinführung gemeindlicher Benutzungsgebühren und Beiträge.
- 307) RGBl I, 955

308) WiGBI 48, 61

309) TO v. 25.7.38, RGBI I, 915

310) S. dazu auch Holzapfl, 798.

311) ER III, 19; Malzer BB 60, 3

312) ER I, 201

313) Vgl. die RdErl. des Reichskommissars für Preisbildung 1/37 v. 30.1.37 - 37/40 v. 3.4.40; Breitfeld, 128.

314) S. auch den Erl. des Reichskommissars für Preisbildung-v. 28.2.39 VI 10. 13.

315) S. Breitfeld, 128.

316) Vgl. Malzer BB 60, 3.

317) Die VOn Pr 1/59 und PR 2/59 v. 21.1.1959 (BAnz. Nr. 15 v. 23.1.59) haben die Preisvorschriften für Gas und Wasser völlig aufgehoben.

318) Zur Auslegung der VO PR Nr. 18/52 s. die Richtlinien des BMW v. 28.4.52 Nr. III B 1/60 550/52; ferner den Erlaß des BMW v. 29.7.52 Nr. III B 1/60 656/52.

319) S. hierzu auch den Erlaß des BMW v. 3.9.56 III B 1/42 3 89/56 betr. Strompreise für Sonderabnehmer.

320) Für Streitigkeiten über die Auswirkungen der PreisVO haben der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) und der Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT) und die VDEW über die Bildung von Gütestellen, welche die Aufgabe haben sollen, Meinungsverschiedenheiten, die sich bei der durch die VO PR 18/52 freigegebene Anwendung und Neuvereinbarung von Preisänderungsklauseln in Verträgen zwischen EVU und letztverbrauchenden Sonderabnehmern ergeben, beizulegen (s. dazu aber § 91 GWB).

321) Erlaß des WM NRW v. 27.6.60, EW RBeil 60, 60 = WuW 61, 483; ER III, 194 f.; auch Fischerhof, Rechtsfragen, 86, befürwortet die weite Auslegung der Preisgleitklausel.

322) BGH EW RBeil 54, 60 ff.

323) Vgl. auch Holzapfl, 989.

324) Vgl. auch die Richtlinien des BMW zur VO PR Nr. 18/52 v. 28.4.1952

III b 1/60 550/52.

- 325) WiGBI. 27. Zuletzt verlängert durch das Gesetz v. 29.3.51, BGBl I, 223.
- 326) Zur Verfassungsmäßigkeit vgl. BVerfGE 8, 276; NJW 59, 475 ff..
- 327) Amtliche Begründung zum PreisG, Einführung B; Zipfel, Preisrecht, Einführung, XLI
- 328) So zurecht Holzapfl, 799
- 329) Vgl. OVG Koblenz, U. v. 19.5.60, 1 C 96/57, unveröffentlicht.
- 330) BayerVGH, U. v. 29.7.60 (Nr. 54 VI/60), Der Bayerische Bürgermeister 60, 256; Holzapfl, 798
- 331) Vgl. Kuppert/Wirth, 256.
- 332) DMR § 6 A 9a I
- 333) Vgl. dazu ER III, 24a; Darge 35, 541; auch DMR § 6 A 9 c III, IX.
- 334) So Ballerstedt, Tarifgerechtigkeit, 324, 325; Lucas, 100; Holzapfl, 799; ER III, 24a; Darge, 35, 541; DMR § 6 A 9 c III, IX
- 335) Ebenso alle zitierten Autoren
- 336) Vgl. auch Holzapfl, 799.
- 337) Ballerstedt, Tarifgerechtigkeit, 319, 325; es müsse ein "Wettbewerbspreis" vorliegen, da das EVU nicht nur sich selbst, sondern auch der Allgemeinheit verantwortlich sei.
- 338) Vgl. hierzu Lucas, 100; OVG Koblenz, U. v. 19.5.60, 1 C 96/57; Holzapfl, 799; Dipper BB 57, 20, 22.
- 339) Vgl. insbesondere Diederich aaO.
- 340) Vgl. auch Holzapfl, 799; im übrigen s. unten S. 171 f..
- 341) Vgl. auch Ballerstedt, Tarifgerechtigkeit, 324.
- 342) Wie Anm. 341
- 343) S. auch Raiser ZHR 111, 75 ff..
- 344) Würdinger, Theorie der schlichten Interessengemeinschaften, Beiheft zu ZHR Nr. 1, 1935

345) Ballerstedt, Tarifgerechtigkeit, 323

346) So zurecht ER III, 27; vgl. dazu auch Schr. des BMW an das Bundesministerium für Familien- und Jugendfragen, VKU Nachrichtendienst, Folge 126, 4.

347) Etwa Roller, VW 57 Nr. 36 Beil 18 ff.; Berger, Anschluß 11; VGH Baden-Württemberg GWF 60, 43 ff.; Schüler-Springorum, EW 59, 534.

348) Nach Ballerstedt, Tarifgerechtigkeit, 323, Prinzip der materiellen Tarifgerechtigkeit

349) Vgl. BayerVGH EW RBeil 60, 79; Roller VW 57 Nr. 36 Beil 19; BayerVGH, Der bayerische Bürgermeister 60, 256; ER III, 25, trennt allerdings lediglich die verschiedenen Energieträgermärkte der einzelnen öVU.

350) So zurecht auch Schüler-Springorum EW 59, 534

351) Richardt, 15

352) Vgl. hierzu schon Luley, 3370

353) Dies bringt insbesondere das Vorverhandlungsrecht des § 5 Abs. 2 EnG zum Ausdruck.

354) Vgl. hierzu auch Roller, VW 57 Nr. 36 Beil 19.

355) Vgl. auch Richardt, 18.

356) S. auch DMR § 6 A 9 c VIII.

357) ER III, 189. Zur Problematik von Strompreisvergleichen auf dem derzeitigen deutschen El. Markt vgl. Kuppert, VIK-Ber. 138/139, 28 ff..

358) So zurecht ER III, 29

359) Fischerhof, VIK-Ber. 75, 7

360) Vgl. dazu Hacker, 15.

361) So etwa - im Ergebnis dennoch zu Unrecht, s. w. unten - Richardt, 18; Körfer EW 58, 659.

362) S. o. S. 132 ff..

363) § 44 Abs. 1 Ziff. 1 lit. d GWB, je nachdem, ob die Wirkung auf ein Land beschränkt bleibt oder nicht.

364) Vgl. auch Malzer/Wirth, 18 ff..

- 365) Ähnlich Bartholomeyczik, GemKo § 22 A 48 für den Mißbrauch der beherrschenden Stellung
- 366) Vgl. auch Schwartz, GemKo § 18 A 37.
- 367) So zurecht Schwartz, GemKo § 18 A 37
- 368) BT-Drs. 292/62, abgedruckt in WuW 64, 622
- 369) GemKo § 22 A 102
- 370) Vgl. auch Bartholomeyczik, GemKo § 22 A 103; ferner v. Brunn, 141; Prost BB 55, 1034; Fischer BB 57, 487. Ob auch hier eine Markttransparenz gefordert werden kann, ist zweifelhaft. Gewinnen V. Bedingungen, etwa die Staffelung von Baukostenzuschüssen, Blindstromklauseln etc. eine derartige Undurchsichtigkeit, daß vom durchschnittlichen Marktteilnehmer keine klare Einsicht in ihre Tragweite mehr erwartet werden kann, daß er "in seiner Verantwortungsfähigkeit überfordert wird" (vgl. Raiser JZ 58, 7), so mißbraucht das Unternehmen nach Bartholomeyczik seine Machtstellung (aM Raiser, der mit guten Gründen keinen notwendigen Zusammenhang zwischen der Undurchsichtigkeit der Geschäftsbedingungen und der Marktstellung sieht. Die Pflicht zur klaren Geschäftsgebarung wird im geltenden Recht weder direkt noch indirekt zur Rechtspflicht erhoben, so sehr dies gerade auf dem Gebiet der EIV zu begrüßen wäre, wo die verhältnismäßig gut erfaßbaren Kostenfaktoren insofern keine unlösbaren Aufgaben stellten.
- 371) Vgl. die Vfg des hessWM WuW/E LKartB 33; Dörinkel, GemKo § 104 A 13.
- 372) Vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 59, A 17 zu § 103; Dörinkel, GemKo § 104 A 12; Deringer GWF 61, 739 ff..
- 373) So die alte Fassung des § 22 Abs. 3 Ziff. 2 GWB
- 374) Hinsichtlich der mißbräuchlichen Stromsperre im Konkurs- oder Vergleichsverfahren s. Dörinkel, GemKo § 104 A 12; LG Hamburg WuW/E LG/AG 172 (173).
- 375) OLG WuW/E 612; WuW 64, 266; OLG Koblenz ET 63, 481; BKartA WuW/E 507; WM NRW WuW 61, 483; WM Rhld-Pf ET 62, 100 ff.; BKartA ET 63, 25; WM Rhld-Pf WuW 62, 852; hess. WM WuW 61, 492, 696; LG Kassel WuW 63, 511.
- 376) Allerdings nach § 104 GWB

377) Nach dem zugrunde liegenden Sachverhalt beschränkte sich die Tätigkeit des GebVU auf das Ablesen der Meßeinrichtungen und die Erteilung der Rechnungen. Sie verlangte dafür jedoch einen Aufschlag für das Meßgerät von 0,75 bis 1,0 %. Es wurde auch im Gegensatz zu den übrigen Großabnehmerverträgen kein Benutzungsdauerfaktor vorgesehen, der Nachtstromtarif und die Ermäßigung des Kohlepreiszuschlages wurde ebenfalls nicht weitergegeben.

378) Vgl. auch BKartA ET 63, 25; WM Rhld-Pf aaO.

379) Ebenso WM Rhld-Pf WuW 62, 852; OLG Koblenz aaO; BKartA WuW 63, 49; welches einen Mißbrauch (nach § 104 statt nach § 22 GWB) dann annimmt, wenn unangemessen hohe Preise gefordert werden, welche ein sachlich zu rechtfertigendes Maß ganz eindeutig überschreiten.

380) Zur wettbewerblichen Wirkung der Markttransparenz auf oligopolistischen Märkten vgl. Philips, 210, der sie für schädlich hält. S. weiter die dort angegebene Lit. und insbesondere Schmidt, WuW 63, 97 ff.; Menze WuW 63, 578 ff..

Ob allerdings eine "Durchsichtigkeit der Preisgestaltung über die Mißbrauchsvorschriften von beherrschenden Unternehmen" verlangt werden kann, ist sehr zweifelhaft (dafür OLG Koblenz BB 63, 1448 ff., ET 64, 45. Der die Entscheidung bestätigende Beschluß des BGH v. 27.11.64, EW 65 RBeil Nr. 3 hat diese Frage dahingestellt sein lassen. Anders die hier vertretene Auffassung, vgl. Anm. 370).

381) Wessels, ZStW 115, 534

382) Dito

383) So BKartA WuW 63, 49. Diese Voraussetzung dürfte allerdings mehr einer Forderung der Rechtspraxis folgen, da angesichts der vielen rechtlich z. Zt. nur sehr schwer erfaßbaren kosten- und preisbildenden Faktoren eine zu große Rechtsunsicherheit in die Ermessensentscheidungen der Kartellbehörden hineingetragen würde. Hierzu BKartA, Tätigkeitsbericht 1960, BT-Drs, 3. Wahlperiode 2734, 51: "Bei einigen noch nicht abgeschlossenen Fällen zeigten sich mit Deutlichkeit die Schwierigkeiten bei der Anwendung des § 22, da er eine besondere Häufung unbestimmter Rechtsbegriffe enthält. Ihre richtige Auslegung und Anwendung hängt i. h. Maße von der Ermittlung volkswirtschaftlicher Tatbestände ab". - Im Ergebnis aber auch Schütz NJW 58, 1851. Daß der Mißstand erheblich sein müsse, folge schon aus dem Wort "Mißbrauch", das im-

mer etwas vom Üblichen stark Abweichendes andeute. Es handle sich zudem um einen polizeirechtlichen Eingriff der Kartellbehörde, für welchen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gelte. Isay/Tschiersky, Ko zur KartVO, Einl. A 22 und § 4 A 4 - 9 haben daraus den Schluß gezogen, die KartBeh dürfe nur eingreifen, wenn die Gefährlichkeit und Schädigung des Gemeinwohls ernstlich genug sei, die mit den kartellpolizeilichen Eingriffe notwendig verknüpften Schädigungen der Betroffenen zu rechtfertigen, und daß außerdem die Eingriffe auch eine wesentliche Verringerung der Gefahr herbeiführe.

384) Vgl. auch Malzer/Wirth, 9, 10.

385) S. auch Gabriel, 313 ff.; Gentz WuW 61, 608.

386) So z. B. für den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit BVerwG NJW 65, 1195 (VGH Mannheim)

387) Vgl. BVerwGE 2, 248 ff., 251 = NJW 56, 765 = BB 55, 1073 Nr. 1900.

388) BVerwG DGStZ 59, 90

389) Hess. VGH ESVGH 5, 66, 70; OVG Münster VRSpr 9, 863, 865

390) Vgl. OVG Hamburg DVBl 53, 631, 634; Wolff I § 42 II a, S. 218.

391) BVerwG NJW 61, 2128

392) Vgl. hessVGH DÖV 59, 463 mit Anm. v. Kirchbaum; Wolff aaO.

393) BVerwGE 2, 245 ff., 249

394) Vgl. OVG Münster KStZ 60, 33; Wolff aaO; OVG Lüneburg KStZ 1960, 234.

395) Vgl. auch Forsthoff, 251.

396) So auch Malzer VIK-Bericht 127, 31; s. o. S. 111 und Anm. Nr. 133.

397) Vgl. z. B. Solling ET 7. Jg., 1 ff.; Kord-Ruwisch ET 55/56, 39 ff.; Strahinger, Die öffentliche Wirtschaft 59 (Sonderausgabe), 13.

398) Verfassungsrechtlich allerdings bedenklich. Ebenfalls verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt § 7 EnG, welcher den Energieaufsichtsbehörden die Befugnis zur Gestaltung der Energiepreise gibt, vgl. Radtke, 96.

399) Solling ET 7. Jg., 1

- 400) In der Bergbau-Elektrizitäts-Verbund Gesellschaft zusammengeschlossen (BEV)
- 401) Vgl. auch Körfer, Stromerzeugung, 28.
- 402) Wie Anm. 395
- 403) Vgl. Schober, 124, 125.
- 404) BayerStaatszeitung und BayerStaatsanz. 1952 Nr. 11, 3, welche in einem Normenkontrollverfahren v. BayerVGH bestätigt worden ist (BayerStaatszeitung 1956, 44, 8).
- 405) Weicker, 55
- 406) Diese Betriebsgemeinschaften haben sich zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen. Hinsichtlich ihrer Organisation auf Bundes- und europäischer Ebene vgl. Bayer. Staatszeitung 1956, 6, 9.
- 407) S. hierzu Körfer, Stromerzeugung, 171, 172.
- 408) Vgl. auch Körfer, Stromerzeugung, 16.
- 409) Die VIK vertritt deshalb die Ansicht, daß unter Berücksichtigung der tatsächlichen Kostenlage in sehr viel mehr Fällen die EVU Industriestrom in ihr Netz aufnehmen, wenn sie nur wirtschaftliche Gesichtspunkte ausschlaggebend sein ließen (Schon in der BayerStaatszeitung 56, 44, 8 wurde ein Mehrbetrag von 1,5 Mill. bis 2 Mill. kW geschätzt (= 8 bis 10 Milliarden kWh).
- 410) Vgl. auch Fischerhof, Beiträge, 128.
- 411) Die Frage, ob die Abschlußverweigerung evtl. einen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i. S. des § 823 Abs. 1 BGB darstellen könnte, ist abzulehnen, da für die Frage des Abschlußzwanges die §§ 26 Abs. 2 GWB, 1 UWG und 826 BGB die spezielleren Normen sind und die unnormierte, subsidiäre Vorschrift insoweit ausschließt (vgl. auch BGH WuW/E 649; Contzen, 32; aA Koenigs, JuS 62, 342, 343). Auch der Sondertatbestand des § 25 GWB, welcher in Einzelfällen ebenfalls zu einem Abschlußzwang führen kann (vgl. OLG Celle WuW/E 707), soll hier nicht weiter erörtert werden, weil praktisch immer der rechtswidrige Abbruch bestehender Geschäftsverbindungen vorauszusetzen ist (vgl. auch Contzen, 122 ff., 123). Hier soll untersucht werden, wann die iEEr überhaupt einen Anspruch auf eine derartige Geschäftsverbindung haben.

- 412) S. weiter unten.
- 413) HM, statt aller Fikentscher WuW 58, 261 ff.; Benisch, GemKo § 26 A 39.
- 414) Im Ergebnis auch bayerWM in Schreiben an die Gemeinschaft Bayerischer Kleinkraftwerke eGmbH v. 3.3.59 auf deren Anfrage (GeschZ III B 1/40 808/59; abgedruckt in ET 9. Jg. 37, 38).
- 415) So BGH WuW/E 410
- 416) Ruzek EW 59, 627
- 417) Fischerhof WuW 59, 335
- 418) In diesen Fällen liegt Idealkonkurrenz mit § 22 GWB vor.
- 419) Vgl. auch Benisch, GemKo § 26 A 47.
- 420) So Begründung zu § 23 Nr. 3 des RegEntw.; ebenso Baumbach/Hefermehl § 26 A 55; Benisch, GemKo § 26 A 56; Gleiss/Kracht NJW 59, 972; Gentz WuW 61, 602; Steiner NJW 61, 403; BKartA KZR 10/61; aA Frankfurter Ko § 26 Tz. 123.
- 421) Vgl. auch OLG WuW/E 259; Baumbach/Hefermehl § 26 A 45; Frankfurter Ko Tz. 75; Benisch, GemKo § 26 A 49.
- 422) Vgl. auch Kracht, 1231; OLG München NJW 59, 943 f..
- 423) Vgl. WuW/E OLG 289; WuW/E LG/AG 154; Kracht, 1231; Benisch, GemKo § 26 A 49; aA wohl Fikentscher NJW 58, 264, 267.
- 424) Vgl. BKartA WuW/E 90.
- 425) Frankfurter Ko § 26 Tz. 85; Benisch, GemKo § 26 A 49
- 426) Vgl. auch BKartA, Tätigkeitsbericht 1963, 34 (Augenoptiker-Fall).
- 427) BKartA, Tätigkeitsbericht 1963, 42
- 428) So auch OLG München NJW 59, 943 f.; LG Berlin WuW/E LG/AG 6; Kracht, 1232
- 429) Vgl. Kracht, 1232.
- 430) Frankfurter Ko § 26 Tz. 75; Gentz, WuW 61, 607
- 431) Vgl. auch Benisch, GemKo § 26 A 49; Frankfurter Ko § 26 Tz. 75; aA Fikentscher WuW 58, 264, 267; BKartA, Tätigkeitsbericht 1959, 48.

- 432) Einhellige Ansicht, vgl. für alle schon Nipperdey, Stromsperre, 29.
- 433) Vgl. dazu Staub § 366 A 56; Nipperdey, Stromsperre, 29; v. Lobe, "Elektrizität" in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft Bd. 2, 240.
- 434) Vgl. BKartA-Beschluß v. 20.2.60; Baumbach/Hefermehl, § 1 A 58.
- 435) Vgl. auch Franzen WuW 57, 751.
- 436) Baumbach/Hefermehl, allg. Anm. 82; BGH WuW/E 231, 339 und 391; 649; BGHZ 41, 271 ff.; Benisch, GemKo § 26 A 34
- 437) BGHZ 3, 277; 14, 171; 19, 303; GRuR 54, 294; 60, 384; 62, 45; Lindenmaier WuW 63, 259; Baumbach/Hefermehl, Einl. A 145.
- 438) Vgl. auch Wyler, 106; RGZ 48, 128.
- 439) Ebenso Baumbach/Hefermehl, Einl. A 174
- 440) Ständige RSpr; vgl. insbesondere BGHZ 3, 270; 19, 394; GRUR 53, 293; 54, 163; 57, 360; 60, 386; WuW 62, 464; Lindenmaier WuW 53, 262; Baumbach/Hefermehl, Einl. A 156; aa Reimer Kap 75 A 5; Alexander-Katz, 132.
- 441) BGHZ 3, 276; 14, 171; GRUR 53, 293; RG MuW 41, 90; Baumbach/Hefermehl Einl. A 158.
- 442) Vgl. Baumbach/Hefermehl, Einl. A 156.
- 443) Ständige RSpr, vgl. BGHZ 3, 277; 14, 171; GRUR 57, 94; 60, 386; 62, 34; Baumbach/Hefermehl Einl. A 159.
- 444) Baumbach-Hefermehl, § 1 A 58
- 445) Baumbach/Hefermehl, § 1 A 76
- 446) Ständige RSpr, BGH GRUR 54, 274; 55, 411; 60, 201
- 447) BGHZ 8, 393; 23, 195; GRUR 62, 44
- 448) So zurecht Baumbach/Hefermehl, § 1 A 82, 83
- 449) Die RSpr hatte gerade für das El. Recht den Abschlußzwang auf § 826 BGB gestützt, wenn sich eine Abschlußverweigerung als sittenwidrige Ausnutzung der Monopolstellung darstellte (RG) 48, 127; 132, 273; RG LZ 1927, 449; RG HRR 1933 Nr. 6; 1935 Nr. 1125; s. auch RG HRR 1933 Nr. 1 1881; RGRK A 8 vor § 145; Soergel/Siebert A 8 vor § 145; Schmitt A 21 vor § 305; Staudinger Vorbem. 9 zu § 145; Enneccerus/Nipper-

dey, 1001; OLG Hamm WuW 52, 647; OLG Celle WuW 59, 291; OLG München WRP 59, 160; BVerwG DÖV 53, 314; Palandt A 3a vor § 145; Staub (Godin) § 346 A 56; vgl. im übrigen BGHZ 21, 1/7; 29, 344/347; GRUR 62, 601 f.; Hamburg WRP 57, 120; weitere Hinweise bei Nipperdey, Stromsperre, 29.

450) Nipperdey, Stromsperre, 29

451) Vgl. auch Raiser ZH R 111, 86 ff.; Huber I, 312; Staudinger § 145 A 9a.

452) OLG Neustadt aaO

453) Vgl. RG EW 1935 RBeil 4; 1928; 593; OLG Frankfurt/M. LZ 29 Sp. 854, 856; OLG Hamm JW 31, 3139; OLG Stettin LZ 1929, Sp. 550; ebenso die überwiegende Lit., vgl. Lucas, 89; aA nur Nipperdey, Stromsperre, 38/39.

454) Vgl. hierzu Larenz, 46/47; Huber I, 312 ff.; 426 ff.; Raiser ZHR 111, 86 ff.; Staudinger Vorbem. 9 zu § 145; Staub § 346 A 56. Larenz sah als eigentlichen Rechtsgrund nicht die Monopolstellung, sondern die "VAufgabe"; ähnlich Soergel-Siebert A 21 vor § 305. Diese Auffassung ist inzwischen jedoch aufgegeben worden. So z. B. für § 826 BGB ausdrücklich BGH WuW 649.

455) Einige öVU-Vertreter bestreiten deshalb die Anwendbarkeit der §§ 1 UWG und § 826 BGB und vertreten darüberhinaus die Ansicht, eine Pflicht zum Kauf bzw. Transport von Industriestrom stelle eine Enteignung dar (so z. B. Berkenhoff, ZfK 62, 93, 7; VDEW "Gedanken zum Energiewirtschaftsgesetz"). Bei der Enteignung genügt zwar der Verlust der Ausübung der dem Eigentum wesensmäßigen Rechts (vgl. BayerVGH VGHE II, Teil, 67, 110; Landmann-Giers-Proksch, 189), selbst jede Beschränkung des Eigentums oder sonstiger Vermögensrechte, durch die den Betroffenen aufgrund von Gesetzen oder gesetzlich begründeten Verwaltungsakten in Verletzung des Gleichheitssatzes besondere Opfer auferlegt werden (BGH MDR 52, 610; JZ 52, 612; Landmann/Giers/Proksch, 189). In unseren Fällen fehlt es jedoch nicht nur an einem Sonderopfer, da alle monopolistischen öVU betroffen wären, sondern bereits an einer wirtschaftlichen Einbuße, weil den öVU durch die Verträge angemessene Gewinne in Aussicht gestellt werden. Ferner liegt beim El. Transport keine wesentliche Beeinträchtigung aus dem Eigentum wesensmäßigen Rechtes vor, da das öVU nicht gezwungen wird und werden soll, den eigenen El. Transport über die betrof-

fenen Leitungen einzuschränken bzw. nicht in seiner Verfügungsgewalt über diese Leitungen beschränkt wird.

456) RGZ 128, 91

457) Ähnlich Schenk, 33

458) So wohl auch Schenk, 28; Siebert, 114; aA Oertmann DJZ 1903, 325 ff.; Ko § 826 A I 3; Planck § 226, welche in diesen Fällen § 826 nur dann für anwendbar halten, wenn zugleich der Tatbestand des § 226 BGB erfüllt ist.

459) Vgl. auch Schenk, 61.

460) Vgl. z. B. Ruzek EW 59, 627.

461) S. Anm. 436.

462) Nipperdey, Stromsperre, 29

463) Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Bd I, 160 ff., Besprechung des Urteils Delamarche/Bouvet, Sirey 1968, 1 S. 193; s. aber auch Meili, Telephonrecht, 1885.

464) Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag

465) Nipperdey, Kontrahierungszwang, 49

466) Nipperdey, Kontrahierungszwang, 52

467) Wimpfheimer, Kartellrundschaue 1929, 1 ff., 511 ff.; aber auch z. B. Schenk, 60, 74; Levy KonkTrW 1927, 142

468) Wimpfheimer aaO, 13, 14

469) Wimpfheimer aaO, 17

470) Vgl. insbesondere RGZ 48, 144 ff.; 99, 109, 110, wo die These Wimpfheimers vertreten wird.

471) Isay Kartellrundschaue 1929, 373 ff.

472) Vgl. hierzu auch RGZ 47, 360; Nießen, 40, 41; Bothe, 25.

473) Wimpfheimer, 27

474) So schon Bothe, 11

475) S. oben S. 100, auch Anm. 72.

- 476) Vgl. Körfer, Stromerzeugung, 169.
- 477) Körfer, Stromerzeugung, 167
- 478) Vgl. aber RGZ 48, 128; RG JW 15, 914; 26, 182; 27, 113.
- 479) So zurecht Wyler, 106
- 480) Staudinger, A 9 vor § 145; Raiser A 10; Schenk, 63
- 481) RGRK A 8 vor § 145
- 482) So etwa durch die 2. DVO zum EnG v. 31.8.1937 (RGBl I, 918); im übrigen s. auch ER I, 294a.
- 483) Dem Schutz der Energieversorgung vor militärischen Eingriffen dienen § 4 Abs. 2 Nr. 6 und 7, § 68 Abs. 2 Nr. 10 des BLeistungsG v. 19.10.1956 (BGBl I, 812) i. d. F. v. 27.9.61 (BGBl I, 1769), II 4, 6 und 15 des LandbeschaffungsG v. 23.2.57 (BGBl I, 134) und § 7 des SchutzbereichsG v. 7.12.56 (BGBl i, 899) (Fischerhof, Brauchitsch § 13 EnG A I); s. auch Scheuten, Sachleistungsrecht der Bundesrepublik aus der Sicht der Elektrizitätswirtschaft, EW 57, 676.
- 484) BGBl 59, I, 785
- 485) BGBl 64, I, 411
- 486) Vgl. hierzu den Erlaß des BWM v. 11.2.58; ER I, 278a.
- 487) Vgl. ER, I, 278a.
- 488) So für § 13 EnG ER I, 282; vgl. aber auch die Erläuterung des Leiters der Reichsgruppe Energiewirtschaft v. 11.1.38; (ER I, 280).
- 489) So auch ER I, 279a für § 13 EnG
- 490) Die Anweisung kann sich auch auf die Einstellung bzw. Einschränkung der Versorgung bisheriger Abnehmer bzw. Betriebsteile richten (vgl. auch ER I, 282/3 für § 13 EnG).
- 491) Hinsichtlich des Umfangs der Einwirkungsmöglichkeit, der Pflichten, Preise und Bedingungen, bei § 13 EnG, s. auch ER § 13 A 3.

3. Teil

- 1) Gesetz betreffend den Vertrag vom 18.4.51 über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl v. 29.4.1952, BGBl 52, II, 445
- 2) Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft v. 25.3.1957, BGBl 57, II, 1014
- 3) Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (am 25.3.1957 in Rom), BGBl 57, II, 766. - Wegen der Verfassungsmäßigkeit des EWGV vgl. insbesondere Spengler, GemKo, EWG-Kartellrecht A 24; s. auch unten A 113.
- 4) Dies ergibt sich schon aus den o. genannten Zielen des Art. 2 EWGV; s. auch Merkblatt der EWG-Kommission, WuW 64, 67 ff.; Blaise, 50; Schlie-den BB 62, 306; Malzer WuW 63, 203.
- 5) Für alle Schumacher, Bedeutung, 26 ff.; Scheuten ET 62, 123 ff.; Malzer WuW 63, 205; zweifelnd nur Fischerhof BB 62, 783, 784
- 6) BB 62, 783, 784
- 7) Nach Spengler, GemKo, EWG-Kartellrecht A 6, ist es allerdings umstritten, ob der EWGV eine freie Wirtschaft (so u. a. auch Günther, WuW 63, 191) oder einen Dirigismus (vgl. Massé, L'Europe et l'idée de programmation économique, Revue du Marché Commun 63, 49) verwirklichen will. S. zu dieser Frage auch Röpke, 59. Huth, AWD 65, 123 vertritt die Auffassung, der EWGV sei gegenüber der Frage der interventionsfreien und interventionsintensiven sozialen Marktwirtschaft wertfrei, erkenne die öffentliche Wirtschaft an (121, 122) und sehe hinsichtlich dieser Frage im Vertrag eine Kompromißlösung, etwa in Art. 37 vor. Danach sei die einzelstaatliche Lenkungswirtschaft auf dem Handelssektor insoweit erlaubt, als sie im zwischenstaatlichen Handelsverkehr keine Diskriminierungen hervorrufe. Derartige Diskriminierungen werden aber mit zunehmender wirtschaftlicher Integration zwangsläufig auch durch innerstaatliche wirtschaftsfremde Unternehmensentscheidungen herbeigeführt werden können und die vom EWGV erstrebte Einheitlichkeit des Gemeinsamen Marktes verhindern. Wenngleich der EWGV genügend Grundlagen für einen Dirigismus bietet, so zeigen doch alle marktvereinheitlichenden Bestimmungen, insbesondere aber die Wettbewerbsregeln, daß grundsätzlich rein wirtschaftliche und somit wettbewerbliche Gegebenheiten für die Entwicklung der Wirtschaft im EWG-Raum sein sollen, um eine optimale Produktivität zu erreichen. S. dazu weiter unten.

- 8) Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, 61, 1409
- 9) Vgl. ET 62, Heft 104/105, 222.
- 10) S. Bärmann JZ 59, 554, der Art. 3 für einen verbindlichen Rechtssatz hält; aA z. B. WECS Art. 3 A 1.
- 11) Vgl. WECS Art. 3 A 6.
- 12) Spaak-Bericht, 16 und 18
- 13) Einhellige Ansicht; für alle v. d. Groeben WuW 61, 375
- 14) AaO, 62
- 15) So Mesenberg, 142
- 16) Ebenso EurGH WuW/E EWG/MUV 77; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 13; Riese, Über den Rechtsschutz der Europäischen Gemeinschaften, Europarecht 66, 24 ff.; (26 f.); Runge, AÖR Bd 87, 479; Schlochauer AVÖR Bd 11, 8; Langen, Marktbeherrschung, 35; WECS Art. 164 A 3
- 17) Vgl. auch Langen, Marktbeherrschung, 35.
- 18) S. auch die Entsch. des EurGH WuW/E EWG/MUV 77; Riese aaO.
- 19) So auch WECS Art. 7 A 9; Hochbaum, 147
- 20) Einhellige Ansicht, so z. B. Hochbaum, 166, 169/171; WECS Art. 7 A 9; Handbuch v. Boeckh, Art. 7 A 4c, 5; aber auch Spengler, Die Wettbewerbsregeln der EWG, BDI, Drs. Nr. 46, 33
- 21) Vgl. auch WECS Art. 7 A 5.
- 22) S. hierzu hinsichtlich der französischen Regelung w. unten.
- 23) Vgl. v. Boeckh, Handbuch I A 41, Art. 7 A 4b; WECS Art. 7 A 7.
- 24) Vgl. EurGH zum Kühlschranks-Fall, mit Anm. v. Ehle NJW 64, 374, 375.
- 25) v. Boeckh, Handbuch, Art. 7 A 1; WECS Art. 7 A 11
- 26) So zurecht WECS Art. 7 A 11
- 27) S. auch Ehlermann Handbuch, Vorbem. 4 B a aa zu den Art. 30 bis 37 EWGV. - Alle mengenmäßigen Ausfuhrbeschränkungen mußten bis zum 1.1.1962 beseitigt werden (vgl. den Beschl. des Rates v. 14.1.62 betr.

den Übergang zur 2. Stufe der Übergangszeit, Amtsblatt 62, 164, Handbuch I A 41/10, 1).

- 28) Art. 27 Abs. 1 des Gesetzes v. 16.10.1919 verbietet grundsätzlich den Export von in Frankreich durch Wasserkraftwerke erzeugter el. Energie ins Ausland, sofern internationale Verträge nichts anderes bestimmen. Ausnahmsweise kann durch Verfügung des Staatsrates, welche v. Minister für öffentliche Arbeiten und für Auswärtiges gegengezeichnet werden muß, der Transport el. Kraft ins Ausland für höchstens 20 Jahre erlaubt werden. Diese Frist kann jedoch erneuert werden. Nach Art. 10 der VO v. 1935 unterliegt der Im- und Export thermisch erzeugter el. Energie einer Genehmigung, welche durch eine Verfügung nach Bericht des Ministers für öffentliche Arbeiten und des Ministers für Auswärtiges nach einer Stellungnahme des Hohen El. Ausschusses erlassen wird. Hinsichtlich ihrer Dauer gilt dasselbe wie für den Export von el. Energie hydraulischer Kraftwerke. Die Genehmigung kann von Bedingungen oder Garantien bezüglich des Gebrauchs und der Preise abhängig gemacht werden. Sie kann jederzeit widerrufen werden, falls der Erlaubnisnehmer sich nicht an die Klauseln der Genehmigung hält oder das öffentliche Interesse es gebietet. Ausführer selbsterzeugter Energie, welche diese in Eigenanlagen selbst verbrauchen wollen, bedürfen ebenfalls dieser Genehmigung (hinsichtlich des Widerspruches dieser Regelungen zum EWGV s. weiter unten).
- 29) Dazu vgl. auch WECS Art. 36 A 7; Spengler GRUR AusldT 58, 324.
- 30) Vgl. dazu die VIK-Anfrage im Jahre 1962 bei der Hohen Behörde, ob die italienische Nationalisierung der Erzeugung, des Transportes und der Verteilung el. Energie unter dem Gesichtspunkt des Gemeinnutzes v. 6.12.1962 mit insbesondere Art. 37, aber auch den Art. 5 bis 58 und Art. 92 EWGV sowie Art. 4 Abs. c, 67 § 1 und 86 Abs. 2 MUV vereinbar sei. Der italienische Verfassungsgerichtshof hat in 2 Entscheidungen die Vereinbarkeit mit dem EWGV mit der Begründung bejaht, der EWGV schaffe insoweit keine Bindung. In einem dritten Verfahren hat der Mailänder Gerichtshof beim EurGH in Luxemburg gemäß Art. 177 EWGV den Antrag gestellt, die Unvereinbarkeit des italienischen Verstaatlichungsgesetzes mit dem EWGV, insbesondere den Art. 37, ferner 102, 93 und 53 festzustellen (vgl. ET 64, 310). S. dazu die nicht restlos klärende Entsch. des EurGH v. 15.7.64, DVBl 64, 990 ff. - Die EWG-Kommission ist mit Vorarbeiten über die Durchführung des Art. 37 befaßt, welche einige Klarstellungen erwarten lassen. Einstweilen ist die Prüfung der Grundsatzfra-

gen zur Anwendung des Art. 37 noch nicht abgeschlossen (Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 51 v. 24. 7. 64, Amtsblatt 390/65).

- 31) Ebenso WEGS Art. 37 A 2; Estner, Handbuch, Art. 37 RdNr. 6 a; aA. Würdinger WuW 65, 271, 272, der meint, Art. 37 Abs. 2 setze die Definition voraus. Auch er geht jedoch von einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Monopol auf einem bestimmten Warenmarkt aus, sofern die Monopolstellung nicht auf Umstände beruht, welche durch andere Vertragsbestimmungen erfaßt werden. "Staatlich" sind die Monopole nach Würdinger aber in Übereinstimmung mit Art. 37 Abs. 2 dann, wenn sie entweder durch den Staat kontrolliert, gelenkt oder merklich beeinflußt sind.
- 32) Gemäß Art. 222 bleibt die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten vom EWGV unberührt. Bedenklich ist jedoch der Schluß Wohlfahrts, die Mitgliedstaaten könnten deshalb Industriezweige sozialisieren.
- 33) Vgl. Ginocchio, 49; Bordier-Deglaire, 267.
- 34) Ebenso Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 20; Catalano, 136; vgl. auch Colliard, 266.
- 35) Die Gemeinden haben "i. R. der Gesetze", welche zur Zuständigkeit der Länder gehören (Art. 70 Abs. 1 GG), die Selbstverwaltung zu gestalten. Im französischen Recht hat der EWGV gem. Art. 55 der Verfassung (unter Voraussetzung der Gegenseitigkeit) ohnehin Vorrang vor den einzelnen Gesetzen.
- 36) Es ist jedoch zu beachten, daß die gemeindliche Anstalt kein Monopol für reine Transit-Leitungen besitzt, insofern also in einem für den zwischenstaatlichen El. Verkehr sehr wesentlichen Bereich nicht als staatliches Monopol in Betracht kommt.
- 37) DVB1 64, 990 ff..
- 38) Dito
- 39) Vgl. Colliard, 270.
- 40) 3 an Frankreich, eine an Italien, vgl. WuW 62, 782, 673, 782; 63, 48. Dazu auch Colliard, 263 ff.; Schilling DB 61, 697 ff. und Nissen, 106.
- 41) Zusammenstellung von Nissen, 107
- 42) Colliard, 267

- 43) Vgl. etwa EWG-Kommission bei ihrer Empfehlung zur Umformung des französischen Tabakmonopols; Nissen, 109.
- 44) Ob und inwieweit el. wirtschaftliche Kartelle mit den Wettbewerbsregeln des EWGV vereinbar sind, wird weiter unten behandelt.
- 45) Vgl. WEKS Art. 37 A 4.
- 46) Handbuch, Estner Art. 37 A 4b
- 47) So auch Colliard, 266; Catalano, 133, 144
- 48) EurGHE 7, 693 ff.; Catalano, 264; Fourré/Wenner, 151; Huth, 288, 291
- 49) S. auch EurGHE 7, 693 (718 ff.; 8, 867 (879 ff.)).
- 50) Hdbuch, Estner Art. 37 Vorbem. 7 zu den Art. 30 - 37 EWGV
- 51) Zu den Art. 85 ff. s. weiter unten.
- 52) Amtsblatt v. 15.1.62, 36
- 53) Vgl. auch Malzer WuW 63, 216.
- 54) Vgl. auch WEKS Art. 52 A 2.
- 55) Gestützt auf Art. 54 Abs. 2, 3 und 63 Abs. 2 EWGV; Amtsblatt 66, S. 584 ff.
- 56) Richtlinien sind zwar für denjenigen Mitgliedstaat, an den sie gerichtet werden, verbindlich, überlassen es jedoch den innerstaatlichen Stellen, die entsprechenden Mittel und die angemessene Form zu wählen (Art. 189 EWGV).
- 57) GesetzesVO v. 12.11.38; VO v. 2.2.39; Gesetz v. 8.10.1940; Gesetz v. 10.4.54; VO Nr. 59 - 952 v. 9.7.1959.
- 58) Vgl. hierzu auch Art. 58 i. V. m. Art. 221 EWGV, wonach die Mitgliedstaaten Ausländer hinsichtlich ihrer Beteiligung am Kapital von Gesellschaften i. S. des Art. 58 den eigenen Staatsangehörigen gleichzustellen haben.
- 59) BGBl 65, I, 849 ff.
- 60) Vgl. auch Fischerhof BB 62, 785; unklar Everling, 32 ff., welcher zwar Vereine und Körperschaften mit politischen, kulturellen, religiösen, sozialen, caritativen und sonstigen außerwirtschaftlichen Zwecken angeschlossen sehen will, nicht aber établissements publics de caractère

industriell et commercial. Schon die Preisgestaltung zeigt indes, daß die EDf nicht Erwerbszielen, sondern sozialen und allgemein wirtschaftspolitischen Zwecken dient.

- 61) Art. 97 Euratom V bestimmt, daß natürliche und juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechtes, welche sich auf dem Gemeinsamen Markt am Bau von Kernanlagen für wissenschaftliche oder industrielle Zwecke beteiligen möchten, wegen ihrer Nationalität keinen Beschränkungen unterliegen dürfen.
- 62) Deringer Art. 90 A 36, 22; Obernolte, 223; Buttgenbach, Internationaler Bericht, 3
- 63) Vgl. auch Deringer Art. 90 A 22, 24; Obernolte, 223.
- 64) S. o. S. 219
- 65) Ebenso Deringer Art. 90 A 56
- 66) Deringer Art. 90 A 58
- 67) Deringer Art. 90 A 59
- 68) Deringer Art. 90 A 27
- 69) Hdbuch, Estner Art. 90 A 7
- 70) Buttgenbach, 4; Deringer Art. 90 A 3
- 71) Deringer Art. 90 A 29
- 72) Deringer Art. 90 A 45
- 73) Nach hM gilt das Eigentumsverhältnis zu Unrecht als Kriterium für das öffentliche Unternehmen. S. v. Gamm, 43.
- 74) Hdbuch, Thiesing Art. 90 A 3
- 75) Ein großer Teil der französischen Juristen will dies angesichts des engen Wortlautes des Art. 90 Abs. 1, welchen sie selbst als Redaktionsfehler betrachten, jedoch nur für den Staat, nicht aber für die nachgeordneten Departements und Gemeinden gelten lassen. Vgl. hierzu auch Colliard, 266.
- 76) Deringer Art. 90 A 51
- 77) Bejahend ohne Begründung z. B. WEGS Art. 90 A 2; aA z. B. Fischerhof WuW 59, 328; BB 62, 783; Malzer WuW 63, 208

78) Vgl. auch Deringer Art. 90 A 47.

79) Für alle Kleemann, 61; v. Gamm, 43; WEGS Art. 90 A 2; Deringer Art. 90 A 53. Sie muß nicht unbedingt durch einen einzelnen hoheitlichen Akt übertragen werden; möglicherweise reicht ein Vertrag aus (Nach Huber I, 537 ist eine Delegation von Verwaltungsaufgaben und -befugnissen auf beliehene Unternehmen aber nur in öffentlich-rechtlicher Form möglich).

80) Unter diesem Gesichtswinkel wäre Art. 90 Abs. 1 eine Art Auffangtatbestand zwischen den Vorschriften der Art. 85 ff. über die Wettbewerbsregeln und den Art. 100 ff. über die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften.

81) So z. B. BGH NJW 60, 145; BKartA im Tätigkeitsbericht 61, 61; Ballerstedt EW 61, 561; Lanzenberger GWF 59, 790; aA Fischerhof WuW 59, 328. Mangels einer Definition des Unternehmens-Begriffs und zwingender entgegenstehender Gründe wird z. T. der strittige Unternehmens-Begriff des GWB auf den EWGV übertragen (Malzer WuW 63, 208; zweifelnd Fischerhof BB 62, 785; Schumacher, 28; aA Scheuten ET 62, 124).

82) WEGS Art. 92 A 4; vgl. hierzu auch die bestätigende Stellungnahme der EWG-Kommission v. 30.7.63, Amtsbl. 63, 2235, zu der parlamentarischen Anfrage des Abg. Bургbacher, ob die Gewährung von Zuschüssen an öffentliche Unternehmen, die Nichtzahlung öffentlicher Steuern und Abgaben, die von der nicht verstaatlichten Wirtschaft getragen werden, sowie der Verzicht auf Zinsen des Eigenkapitals bei Staatsunternehmen zu den Maßnahmen gehören, die den Art. 7 und 85 bis 94 EWGV widersprechen. - Das Verfahren regelt Art. 93 EWGV.

83) So waren sie gemäß I 4 Ziff. 5 UStG umsatzsteuerfrei, auch als privatrechtlich organisierte, wenn sämtliche Anteile sich bei Gebietskörperschaften befanden und die Erträge ausschließlich diesen zufließen (§ 31 Abs. 3 UStG). Ebenso entfiel die Vermögenssteuer (§ 3a Ziff. 3 VStG), ferner die Gesellschaftssteuer, Wertpapier- und Börsenumsatzsteuer (§ 7 Abs. 1 Ziff. 2 KVStG). Der BT hat jedoch am 27.1.1965 durch Gesetz zur Änderung des Bewertungsgesetzes, des Vermögensteuergesetzes und des Umsatzsteuergesetzes die sogenannten Privilegien der öffentlichen Hand bei der Besteuerung der EVU aufgehoben (Gesetz zur Änderung des Bewertungs- und des Vermögensteuergesetzes v. 24.3.65 und das 16. Gesetz zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes v. 26.3.1965, BGBl I, 153, 156).

- 84) Zur Frage der Steuerangleichung vgl. auch Rudolph, 29.
- 85) WECS Art. 100 A 4; Strauß, Fragen der Rechtsangleichung i. R. der Europäischen Gemeinschaften, 1959, 18; v. d. Groeben GRUR AuslT 59, 629; WuW 61, 373/385; v. Gamm, 59; Bärmann JZ 59, 434; Mesenberger BB 61, 141.
- 86) V. Gamm, NJW 60, 2127
- 87) V. Gamm, 60
- 88) Zur Frage des Abbaues von Wettbewerbsbeschränkungen und -verzerrungen in den EWG-Staaten vgl. Mesenberger BB 61, 141 ff..
- 89) Vgl. zum Problem der Rechtsangleichung in der EWG auch Verloren van Themaat, NZZ 62, 139, 13.
- 90) Ebenso v. d. Groeben WuW 61, 376
- 91) Zur europäischen Kartellpolitik allgemein s. FAZ 62, 211, 17.
- 92) Über die Schaffung eines gemeinsamen Kartellrechts enthält der EWGV keine Bestimmungen. Es gelten insoweit lediglich die allgemeinen Vorschriften über die Rechtsangleichung. Ein einheitliches Recht wäre nur über ein besonderes Abkommen zu erreichen (ebenso v. Gamm NJW 60, 2128).
- 93) Vgl. hierzu auch Koch BB 59, 243.
- 94) HM, z. B. Koch, 245; WECS Art. 85 A 13; Schlochauer, Archiv des Völkerrechts Bd. 11, 30 ff., 32, 33; Jaenicke, 523; Götz JZ 63, 270; Frowein, 234; Spengler, GemKo, EWG-Kartellrecht A 17; aA Seidl-Hohenveldens AWD BB 60, 225; 63, 73. Der EWGV enthält keine Konfliktsregel.
- 95) BGBI 61, 481
- 96) Vgl. auch Malzer WuW 63, 205.
- 97) Vgl. auch Rehbinder, 120 ff..
- 98) Vgl. dazu auch Schwartz, 108; BKartA WuW/E 332.
- 99) S. auch Rehbinder, 186.
- 100) Hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem EWGV s. weiter unten.

- 101) Neben dem GWB können auch noch die §§ 1 UWG und 826 BGB im zwischenstaatlichen El. Verkehr bedeutsam werden, da hier der Handlungsort und Erfolgsort nach deutschem Recht für die anzuwendende Rechtsordnung - bzw. bei Auseinanderfallen beider Orte das für den Geschädigten günstigere (OLG Saarbrücken NJW 58, 752) - maßgeblich ist (RGZ 140, 25, 29; BGH 35, 329; Baumbach/Hefermehl § 1 UWG A 145; Palandt/Lauterbach EG BGB Art. 12 A 2).
- 102) S. hierzu o. S. 217. Die Genehmigung umfaßt auch die einzelnen Vertragsbedingungen.
- 103) Vgl. Blaise 38, 39; Plaisant/Lassier, Les ententes industrielles sous formes de société et d'associations; Juris Classeur, Sociétés, fasc. 178 n^{os} 120, 121; Barbry et Plaisant, Libre concurrence et ententes industrielles (décret v. 9.8.53, D 54 Chr 67).
- 104) Ebenso Blaise, 46
- 105) Blaise, 4
- 106) Vgl. auch Kleeberg, 104.
- 107) aaO, 287
- 108) Vgl. Aufstellung bei van Hecke, 287 ff.
- 109) Ebenso Kleeberg, 108 ff.
- 110) Vgl. auch die Resolution 375 (XIII UN ... Supplement Nr. 11, NY 53, 12 des Economic and Social Council der United Nations Organisation, wonach ein ad hoc-Ausschuß ins Leben gerufen wurde, welcher hervorhebt, daß nur gegen bestimmte "restrictive business practices alleged to have harmful effects" Untersuchungen oder Ermittlungen eingeleitet werden sollen.
- 111) Vgl. Schwartz, 57; Wissenschaftlicher Beirat beim BWM BT-Drs. IV/67, 88, 98; Spengler, GemKo, EWG-Kartellrecht A 16, 17 und die dort angegebene Lit.
- 112) So zurecht WEGS Art. 85 A 13
- 113) Über die Gültigkeit der von dem Rat und der Kommission ergangenen VOn bestehen für die BR allerdings allgemein Bedenken, da aufgrund der Ratifikation des EWGV durch Art. 1 des Gesetzes v. 27.7.57 diese Organe gemäß Art. 87 und 189 für den Geltungsbereich des GG allgemein RVOn erlassen dürfen, obwohl die Art. 20 und 129 Abs. 2 GG eine

Ermächtigung von Exekutivorganen zum Erlass von gesetzesändernden RVOn verbieten. Der Bundesgesetzgeber kann sich auch bei Beteiligungen an überstaatlichen Organisationen nicht über den höchstrangigen Verfassungsgrundsatz der Gewaltenteilung hinwegsetzen (Art. 79 Abs. 3 GG). Ausführlich dazu FinanzG Rhld-Pf DVBl 64, 811 mit weiteren Literatur-Hinweisen (Das Problem der Vereinbarkeit des EWGV mit den mitgliedstaatlichen Verfassungen ergibt sich lediglich in Italien und der BR, da nur hier Verfassungsgerichte bestehen und der EWGV nicht verfassungsmäßigen, sondern nur gesetzlichen Charakter erhalten hat).

114) Vgl. auch Gleiss/Hirsch BB 62, 625.

115) S. auch Kronstein, 127.

116) Lediglich soweit sich ausländische el. wirtschaftliche Unternehmen, d. h. iEer auf französischem Gebiet niederlassen, dürfen sie gemäß Art. 7 von der EDF bzw. sonstigen örtlichen Verteilern weder bevorzugt noch benachteiligt werden (vgl. auch WEGS Art. 7 A 5), da die Anwendbarkeit des Art. 7 nicht auf den zwischenstaatlichen El. Verkehr beschränkt ist. Eine Änderung der el. wirtschaftlichen Struktur wird durch diese Pflicht der französischen öVU jedoch nicht herbeigeführt.

117) Vgl. Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 85 A 4; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 6.

118) In privater oder öffentlicher Hand; vgl. Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 8; auch Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 85 A 4; Kleemann, 28; Merkblatt der Kommission zu Art. 85, 86 des EWGV und ihren DVOn, WuW 64, 67 ff. V; aA v. Gamm, 23, der zu Unrecht aus Art. 90 Abs. 1 ein argumentum e contrario entnehmen zu können glaubt, da diese Bestimmung gerade betont, daß die allgemeinen Regeln der Art. 7 und 85 bis 94 auch für die öffentlichen Unternehmen gelten sollen und deshalb den etwaigen wettbewerbsbeschränkenden staatlichen Einfluß eindämmen will.

119) Ebenso Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 8

120) S. o. S. 227, 228

121) Ebenso Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 7

122) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 18, 19

123) AllgA, z. B. Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 85 A 16; Schlieder BB 62, 305; Kleemann, 30; Lutz-Basson NJW 61, 385 ff.; WEGS Art. 85

- A 6; Thiesing, Hdbuch, Art. 85 A 1; vgl. auch Art. 4 Abs. 2 VO Nr. 17; OLG Düsseldorf BB 58, 1110; LG Frankfurt BB 59, 221; BKartA WuW/E 337; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 34; Droste NJW 62, 1938; Deringer/Tessin NJW 62, 989.
- 124) Einhellige Ansicht, vgl. Gleiss/Hirsch, Kommentar Art. 85 A 3; Hdbuch, Thiesing, Art. 85 A 3
- 125) Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 85 A 3; aA v. Gamm, 44
- 126) BKartA, Bericht 1961, S. 62; Spengler, GemKo, EWG-Kartellrecht A 30; Kleemann, 35; Gleiss/Hirsch, Kommentar, 27; WEGS Art. 85 A 4
- 127) Vgl. EWG-Kommission, Amtsblatt 61, 713; Sölter 61, 666; Kleemann, 38.
- 128) Wolf WuW 62, 651; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 39
- 129) So Tätigkeitsbericht des BKartA 6, 62 Ziff. 9; Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 85 A 24; Schlieder BB 60, 305
- 130) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 49
- 131) Spengler, GemKo, EWG-Kartellrecht A 41
- 132) Kleemann, 44
- 133) Vgl. Sölter WuW 61, 670; auch WuW 61, 405; BKartA WuW/E 341 ff.; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 49; Kleemann, 37; BKartA, Bericht 1960, 3 Kap. I 1 a 4.
- 134) Streitig, s. auch Kleemann, 44. Dabei ist es auch ohne Belang, ob die Abreden zu einer künstlichen Minderung oder Steigerung des zwischenstaatlichen El. Geschäfts führen (Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 85 A 24; Baumbach/Hefermehl Rdnr. 13 zu Art. 85; Steindorff, 162; Schlieder BB 62, 305, 306; BKartA Bericht 1961, 62; vgl. aber auch EurGH DVB1 64, 990 ff..)
- 135) Vgl. auch Scheuten, 124.
- 136) Eine Gebietsabrede zwischen westdeutschen Unternehmen über lediglich westdeutsche VGebiete können - und dies auch nur rechtstheoretisch - den zwischenstaatlichen El. Verkehr nur dann beeinträchtigen, wenn sie sich verpflichten, nicht innerhalb, sondern außerhalb eines bestimmten Gebietes die el. wirtschaftliche Tätigkeit zu unterlassen (so auch Scheuten, 123), was allerdings kein Tatbestand des § 103 Abs. 1 Ziff.

1 GWB mehr darstellte und somit nicht nur nach § 85 Abs. 1 EWGV, sondern schon nach § 1 GWB verboten wäre.

137) Vgl. Malzer WuW 63, 205/6.

138) Ebenso und ausführlich Scheuten, 124; Malzer WuW 63, 209, 210; auch Schumacher, 34; ER II, 79, 80; Niederleithinger, 20 ff..

139) So auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 49; Malzer WuW 63, 208; zweifelnd Scheuten, 124

140) Ebenso z. B. Malzer WuW 63, 209; Scheuten, 125; vgl. auch Schumacher, 34.

141) Vgl. auch Scheuten, 125; Malzer WuW 63, 209; Schumacher, 34.

142) So hM Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 19; Sölter WuW 61, 676; aA Gleiss/Hirsch, Kommentar Art. 85 A 86

143) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 4

144) S. hierzu auch Schumacher WuW 62, 475, 480; Kleemann 18 und 69; Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 4 VO Nr. 17 A 2; Fischerhof BB 62, 784; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 4 VO Nr. 17 A 4, 7; Hellmann-Pfeiffer AWD 62, 242.

145) WuW 64, 67 ff.

146) Vgl. auch die Begründung zur VO Nr. 17; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, VO Nr. 17 Art. 4 A 5.

147) Amtsblatt Nr. 36 v. 6.3.65, 533/65 ff.

148) Ebenso Kirschstein, 370

149) Nach Art. 8 hat die Kommission dem Rat vor dem 1.1.1970 einen VO-Vorschlag mit dem Ziel, an der vorliegenden VO Änderungen vorzunehmen, die nach den gewonnenen Erfahrungen erforderlich scheinen, vorzulegen.

150) HM, auch Merkblatt der EWG-Kommission WuW 64, 72; aA Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 38

151) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 24

152) S. o.; vgl. auch Scheuten 123 ff., 127; Beck, 72; Halstenberg ZfK 62, 99, 9. Allerdings ist umstritten, ob diese Verträge tatsächlich diese Ziele erreichen.

- 153) So auch Sölter WuW 61, 680; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 26
- 154) Ebenso Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 27
- 155) So Sölter WuW 61, 682; WEGS Art. 85 A 17; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 31; Günther WuW 57, 281; Koch BB 59, 246; Scheuten, 127
- 156) AllgA; Sölter WuW 61, 665, 681; GemKo Everling Art. 86 A 6; Klee-
mann, 52; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 30
- 157) Vgl. auch Scheuten, 127; Frankfurter Kommentar, Vorbem. zu Art.
85 ff., Tz. 116.
- 158) EWG-Kommission, Merkblatt, WuW 64, 72; BKartA, Ber. 59, 59; Koch,
247; Sölter WuW 61, 685; WEGS Art. 85 A 15; Deringer, Das Wettbe-
werbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 38; aA Scheuten, 127
- 159) So Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 45. Grundsatz
der Verhältnismäßigkeit von Zweck und Mittel (WEGS Art. 85 A 18)
- 160) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 45, 46
- 161) Dies wird in der westdeutschen El. Wirtschaft teilweise insbesondere hin-
sichtlich der ausschließlichen Wegenutzungs- und Gebietsschutzkartel-
le angezweifelt, wiewohl der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung
des Art. 103 Abs. 1 GWB offensichtlich davon ausgegangen ist (vgl.
Scheuten, 127).
- 162) Vgl. Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 48. Gegen
Substitutionsgüter Sölter WuW 61, 688; Börner, 15; aA Huber, 19 ff.
- 163) So z. B. Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 48; Sölter
WuW 61, 687
- 164) Vgl. EurGH-Entsch. v. 15.5.62 über Art. 65 § 2 c MUV; Deringer,
Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 50; Sölter, WuW 61, 687.
- 165) So Kleemann, 52; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A
52
- 166) Die grundsätzliche Anwendbarkeit bejaht Scheuten, 127; aA z. B. zu-
recht Malzer WuW 63, 211. Allerdings ist wegen der Möglichkeit einer
Generalausnahme für el.wirtschaftliche Marktordnungsverträge bei der
Generaldirektion für Wettbewerb nicht vorgeschrieben worden (vgl. FAZ

62, 64, 25). Eine solche Ausnahme wäre aber nur im äußerst begrenzten Umfang möglich (vgl. o. S. 265, 266).

- 167) Vgl. Baruch WuW 63, 17; dies gilt auch für Vereinbarungen hinsichtlich der im Gemeinsamen Markt besonders interessierenden Fern- und Durchgangsleitungen (vgl. auch Malzer WuW 63, 204), welche allerdings bereits dem § 1 GWB unterfallen, sofern mit ihnen ein gemeinsamer Zweck erreicht werden soll (vgl. auch Frankfurter Kommentar, Vorbem. 7 zu Art. 85 ff. mit weiteren Hinweisen).
- 168) Die Anmeldefrist für Altkartelle ist durch die VO Nr. 118/63 des EWG-Rates v. 5.11.63 um 3 Jahre bis zum 31.12.1966 verlängert worden, Amtsblatt Nr. 162 v. 7.11.63, 2696.
- 169) Vgl. auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 83.
- 170) S. ER II, 79; Niederleithinger, 20; Fischerhof BB 62, 785; Malzer WuW 63, 205; Obernolte 223, 242.
- 171) HM, Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 71; derselbe Kartellrundschau, 263; Kleemann, 61; WEGS Art. 60 A 4, Art. 90 A 4; aA v. Gamm, 44 ohne Begründung
- 172) S. o. S. 224 ff..
- 173) Vgl. WEGS Art. 60 A 2.
- 174) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 67
- 175) Vgl. auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 76.
- 176) S. auch Schumacher, Die Bedeutung, 35.
- 177) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 71, 72
- 178) Vgl. auch Obernolte, 242; Schumacher, Bedeutung, 35; WEGS Art. 90 A 4; Hdbuch, Thiesing, Art. 90 A 5; Frankfurter Kommentar Vorbem. zu Art. 85 ff. Tz. 24; Günther WuW 57, 289; offenbar auch Scheuten, 128; ER II, 79; Dörinkel, GemKo § 104 A 17; Schelberger, GemKo § 103 A 4; zweifelnd WuW 63, 215; Fischerhof BB 62, 785.
- 179) Anfangs- ohne nähere Begründung - dafür BT-Drs. 3340, 127; Günther, WuW 57, 288; Hdbuch, Thiesing Art. 90 A 5; Everling, GemKo Art. 90 A 4; dagegen Fischerhof BB 62, 785; Malzer WuW 63, 215.
- 180) Statt aller WEGS Art. 90 A 4; v. Gamm, 43

- 181) Deringer, Das Wettbewerbsrecht Art. 90 A 78, 80; Kartellrundschau, 265
- 182) Vgl. auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 50.
- 183) Vgl. Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 85.
- 184) Auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 50
- 185) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 95
- 186) Statt aller Scheuten, 128
- 187) AA Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 67, 80 und Kartellrundschau, 266 in Anschluß an Forsthoff, 324, 440 und Hamann, 70 f., welche dies im wesentlichen damit begründen, daß dieser Tatbestand im Ausland, insbesondere Frankreich, eine hoheitliche Übertragung einer Aufgabe voraussetze.
- 188) Ebenso Günther WuW 57, 289; Scheuten, 128; Malzer WuW 63, 215
- 189) Im Ergebnis ebenso Fischerhof BB 62, 785; Malzer WuW 63, 215
- 190) Vgl. hierzu Amtsblatt v. 15.11.61, wo eine EntschlieÙung des Europäischen Parlaments veröffentlicht wird, wonach es der Ansicht ist, "daß der eigene Charakter einzelner Wirtschaftszweige und die Sonderbestimmungen die für diese Wirtschaftszweige in den Mitgliedstaaten angewandt werden, eine besondere Regelung rechtfertigen". Es hat daher die Kommission aufgefordert, innerhalb eines Jahres nach Inkrafttreten der 1. DVO Vorschläge für diese Regelungen vorzulegen. Dies ist allerdings bis heute nicht geschehen.
- 191) D. h. bei Nachweis der Erlaubnisunfähigkeit gemäß Art. 85 Abs. 3 durch einen entsprechenden Bescheid der Kommission, (Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 Abs. 3 A 92)
- 192) S. auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 90 A 92.
- 193) Die bestehende Rechtsunsicherheit in der westdeutschen El. Wirtschaft über die Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 3 und 90 Abs. 2 EWGV hat Halstenberg (ZfK 62, 99, 9) sogar zur Frage nach der Rechtsgültigkeit dieser Normen veranlaßt.
- 194) Allerdings folgert Nissen, 107, einen begrenzten Kontrahierungszwang auch aus Art. 37 Abs. 1 EWGV für die staatlichen Handelsmonopole hinsichtlich des Warenbezuges von Lieferanten anderer Mitgliedstaaten. Die-

se Abschlußpflicht folgt jedoch in Wahrheit aus Art. 86 EWGV aufgrund der marktbeherrschenden Stellung des Monopolinhabers. Art. 37 selbst gebietet lediglich den Mitgliedstaaten den Abbau der Monopole inso- weit, als Diskriminierungen in den V- und Absatzbedingungen zwischen Angehörigen der Mitgliedstaaten ausgeschlossen werden, trifft jedoch unmittelbar keine materiell-rechtlichen Regelungen über den Umfang der Abschlußfreiheit dieser Monopole.

- 195) So auch WEGS Art. 85 A 9; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 85 A 60; aA offenbar v. Gamm, 27; Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 85 A 67
- 196) Vgl. Spengler, GemKo, EWG-Kartellrecht A 80; van Hecke, 523; Koch mit der formalen Begründung aus der Formulierung "gegenüber Handelspartnern" in Art. 85 Abs. 1 S. 1 lit. d. und Art. 86 Abs. 2 lit. c. Gleiss/Hirsch, Art. 86 Anm. 18; Wildanger/Müller, 125; aA v. Gamm, 38. - Zum MUV: Zerr, 118; Zimmermann, 120, 161; Maas, Social Economische Wetgeving 1955, 358; Ballerstedt, Übernationale und nationale Marktordnung, 1955, 41; Prieur, Les relations internes et externes de la CECA, Paris 1958, 206; aA Krawielicki, Das Monopolverbot im Schumanplan 1952, 44; Mertens, eine Betrachtung zum Diskriminierungsverbot, Köln 58, 26 ff..
- 197) BGHZ 30, 74
- 198) GerH EGKS Amtl. Sammlung 1, 7, 64 ff.
- 199) Spengler WuW 61, 528; Kleemann, 59, 60; Gleiss/Hirsch, Kommen- tar Art. 85 A 79 und Art. 86 A 26; Cour de Cassation D 1960 J 468; Anm. v. Durry D 61 J 175; zweifelnd Baumbach/Hefermehl Art. 85 A 25; Droste NJW 62, 1937; aA Thiesing, Hdbuch, Art. 85 A 12; WEGS Art. 85 A 14
- 200) AA für MUV Mertens, eine Betrachtung zum Diskriminierungsverbot, 1958, 26 ff.; Francheschelli, Revue du Marché commun 1962, 347
- 201) AA v. Gamm, 38; Borchardt/Fikentscher, 70
- 202) Evtl. besteht jedoch ein nationalrechtlicher Anspruch für westdeutsche iEEr, etwa aus § 26 Abs. 2 i. V. m. § 98 Abs. 2 GWB, § 1 UWG oder § 826 BGB (vgl. auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 59).
- 203) Im Ergebnis ebenso v. Gamm, 38; Borchardt/Fikentscher, 70. Vgl. aber auch Rowedder, 257.

- 204) Ebenso WEGS Art. 86 A 1; Hdbuch, Thiësing, Art. 86 A 5; v. Gamm, 34; Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 86 A 5. Wenn ein Unternehmen die Wettbewerbslage auf dem Markt ohne wesentliche Rücksicht auf Wettbewerber "beeinträchtigen" kann. Kennzeichnend sei das Fehlen eines Wettbewerbsdruckes. Ebenso Baumbach/Hefermehl; Spengler WuW 61, 519.
- 205) WEGS Art. 86 A 1
- 206) Vgl. v. Gamm, 35.
- 207) WEGS Art. 86 A 3
- 208) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 14
- 209) Ebenso Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 45; aA ohne Begründung WEGS Art. 86 A 2
- 210) Ebenso Spengler WuW 58, 79; WuW 61, 520; Gleiss/Hirsch, Kommentar Art. 86 A 2; aA Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 5, der bewußtes und gewolltes Zusammenwirken und damit praktisch neben den Voraussetzungen des Art. 86 ohne Anhaltspunkte im Wortlaut noch die des Art. 85 (vgl. WEGS Art. 85 A 2) fordert.
- 211) Über die Unsicherheit dieses Begriffes auch Scheuten, 125; Malzer WuW 63, 206; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 6
- 212) Vgl. Schumacher, Bedeutung, 42; Hdbuch, Thiesing, Art. 86 A 6; EWG-Kommission, Merkblatt WuW 64, 74; aA Spengler WuW 61, 514/15; Kleemann, 56, die sich allerdings unter Verkenennung des Wesens des EWGV auf den völkerrechtlichen Grundsatz souveränitätsfreundlicher Auslegung von Staatsverträgen berufen. Entgegen Spengler auch Würdinger WuW 61, 745.
- 213) Langen, Marktbeherrschung, 47; Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 12, Hdbuch, Thiësing, Art. 86 A 6; van Hecke, I, 337; Merkblatt der Kommission, 5; aA Spengler WuW 61, 514, 515; Kleemann, 56
- 214) So zurecht v. Gamm, 37
- 215) S. insbesondere Art. 86 Abs. 2 lit. a und d. Ebenso WEGS Art. 86 A 4; v. Gamm, 36; Spengler WuW 61, 509, 522; Dichganz WuW 58, 658, 660.
- 216) Ebenso v. Gamm, 36; Spengler WuW 61, 509, 524

- 217) So Gleiss/Hirsch, Kommentar, Art. 86 A 10
- 218) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 39
- 219) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 35; v. Gamm, 36; Langen, 59
- 220) Schumacher, Bedeutung, 43
- 221) WEGS Art. 86 A 6
- 222) Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 51
- 223) Vgl. auch Spengler WuW 61, 528; Borchardt/Fikentscher, 70; auch v. Gamm, 38; aA van Hecke, 339.
- 224) Vgl. WEGS Art. 7 A 12.
- 225) So zurecht WEGS Art. 7 A 13
- 226) Vgl. auch Hochbaum, 159.
- 227) S. auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 39.
- 228) S. auch Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 39.
- 229) Allerdings werden zu niedrige Preise bzw. wirtschaftlich nicht gerechtfertigte günstige Bedingungen wohl kaum "erzwungen werden" (so zurecht Deringer, Das Wettbewerbsrecht, Art. 86 A 40).
- 230) S. dazu auch die Feststellungen zu § 26 Abs. 2 GWB S. 224 ff..
- 231) Vgl. Niederleithinger, 16.
- 232) Ebenso Niederleithinger, 21
- 233) so auch van Hecke I, 338
- 234) General Agreement of Tariffs and Trade
- 235) Vgl. auch WEGS Art. 91 A 1; Thiesing, Hdbuch, Art. 91 A 3; Klee-
mann, 62; v. d. Groeben WuW 61, 373, 393; Lutz-Basson NJW 61,
385, 389; v. Gamm, 46.
- 236) Vgl. auch WEGS Art. 91 A 1.
- 237) Vgl. auch WEGS Art. 91 A 2.
- 238) Bei der Anwendung des Art. 91 ist zu beachten, daß die EWG-Kommis-
sion lediglich Empfehlungen an die Unternehmen, welche Dumping-

Maßnahmen durchführen, richten kann. Diese Empfehlungen sind gemäß Art. 189 unverbindlich.

Zusammenfassung:

- 1) Vgl. Kroms, 471.
- 2) Vgl. den Bericht des Bundesamtes für gewerbliche Wirtschaft über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft, ET 64, 304. In diesem Bericht wurde festgestellt, daß die bestehenden Demarkations- und Konzessionsverträge eine konzentrationshemmende Wirkung haben.
- 3) Vgl. Biedenkopf, 26 ff..
- 4) S. auch Wirth, 220 ff..
- 5) Böhm, Aufgaben, 60
- 6) Böhm, Aufgaben, 35, sieht in der Risikoabwälzung auf marktschwächere Marktteilnehmer die Hauptgefahr des Monopolmißbrauchs.
- 7) Zum Abschlußzwang für Leitungsinhaber allgemein vgl. auch J. Rudolph, Durch die Röhre, FAZ 65, 27, 3.

LEBENS LAUF

- 18.10.1937 Geboren als Sohn des Oberregierungsrates Gustav Schwaiger und seiner Ehefrau Erika, geb. Hollmann, in Potsdam
- Herbst 1943 Volksschulbesuch in Wilhelmshorst Krs. Zauch-Belzig,
bis Deensen Krs. Alfeld/L. und Kassel
- Sommer 1948
- Herbst 1948 Besuch der Realgymnasien Wilhelmschule in Kassel,
bis Ziehenschule und Musterschule in Frankfurt/M.
- Ostern 1957
- Ostern 1957 Abitur an der Musterschule, Frankfurt/M.
- Ostern 1957 Juristisches Studium an der Johann Wolfgang v. Goethe-
bis Universität in Frankfurt/M. und Freien Universität in
Ostern 1961 Berlin/West
- 21.12.1961 Erste juristische Staatsprüfung beim hessischen Landes-
justizprüfungsamt
- Frühjahr 1962 Beginn des Vorbereitungsdienstes als Gerichtsreferendar
- Herbst 1963 5-monatige Stage bei einem Avocat in Grenoble und
bis 2 Monate Studien in Paris
- Ostern 1964
- 27.5.1966 Zweite juristische Staatsprüfung beim hessischen Landes-
justizprüfungsamt
15. 6. bis Amtlich bestellter Vertreter eines Anwaltes und Notars
25.10.1966 in Fulda
- Seit November Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Europäisches
1966 Recht in Saarbrücken

Wissenschaftliche Arbeiten aus dem Institut für Zoologie
in Halle

18. 10. 1947
Coblenz als eine der Obersteingebirgs-Gebirgs-
und seine Gebirgs- und Gebirgs- in Coblenz

19. 10. 1947
Vollständigung in Wilhelmshafen für Zersch-
Gemeinschaft, Kassel, und Kassel

20. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

21. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

22. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

23. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

24. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

25. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

26. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

27. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

28. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

29. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

30. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

31. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

32. 10. 1947
Besuch der Realgymnasien Wilhelmshafen in Kassel,
Stadtschule und Marienschule in Kassel

